Zeugnis vom Hörensagen und freie Beweiswürdigung im Strafprozeß.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät

der

FRIEDRICH WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

Vorgelegt von

Siegbert Schaefer

Referendar in Berlin.

Promotion: 28. Juli 1932

Breslau-Neukirch 1933

ALFRED KURTZE

vorm. Verlag der Schletter'schen Buchhandlung

310

Referent: Univ.-Prof. Dr. Mannheim.

Korreferent: Univ.-Prof. Dr. Goldschmidt.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Einleitung: Das Verhältnis der vorliegenden Arbeit zum bisherigen Schrifttum. 1

Hauptteil: Zeugnis vom Hörensagen und freie Beweiswürdigung. 1

I. Teil: Das Zeugnis vom Hörensagen. 8
1. Kap.: Die Beweistatsache (die Aeußerung). 8
2. Kap.: Das Beweismittel (der Aeußerungsempfänger). 14
Der Aeußerungsempfänger als
1. eigentlicher Zeuge vom Hörensagen. 14
2. sog. Gewährzeuge. 16
3. sog. Richtergehilfe. 18
4. sog. Botenzeuge. 23
5. sog. Urteiler. 26

II. Teil: Die Beweiswürdigung und das Zeugnis vom Hörensagen.
1. Allgemeines. 30
2. Die feststellende Würdigung. 30
I. Richterliche Substantiierungspflicht. 30
II. Zum Begriff der „Freiheit" der Würdigung. 32
3. Die Würdigung der festgestellten Aeußerung (eigentliche Beweiswürdigung). 33
I. Richterliche Substantiierungspflicht. 33
II. Der Grundsatz der „Richterlichkeit" der Beweiswürdigung. 35
III. Abgrenzung der „Richterlichkeit"
a) von der „Unmittelbarkeit". 40
b) von der „Freiheit". 42
IV. „Freiheit" und „Gebundenheit" der Beweiswürdigung in ausländischen Rechten. 44
V. Verhältnis der feststellenden Würdigung zur Beweiswürdigung. 48

III. Teil: Zeugnis vom Hörensagen und § 261 StPO. 51
a) Zeugnis vom Hörensagen und Grundsatz der „Richterlichkeit". 51

1. im sog. „Zollfall“. 52
2. im sog. „Fall Bullerjahn“. 55
b) Botenzeugnis und Grundsatz der „Freiheit“. 60

Schlußbetrachtung: Zeugnis vom Hörensagen und Strafprozeßreform. 63

Anhang: Einige Werturteile über das Zeugnis vom Hörensagen. 66

Literatur. 67

Zeugnis vom Hörensagen und freie Beweiswürdigung im Strafprozeß.

Einleitung:

Das Verhältnis der vorliegenden Arbeit zum bisherigen Schrifttum über das Zeugnis vom Hörensagen.

I. Im Mittelpunkt der Erörterungen über das Zeugnis vom Hörensagen (Z H) steht seit Jahrzehnten die Frage, ob das geltende Strafprozeßrecht die Verwertung des indirekten Zeugnisses auch in dem Fall zulasse, daß ein unmittelbarer Wahrnehmungszeuge vorhanden ist. Diejenigen, welche die Frage verneinen, stützen ihre Ansicht entweder auf einen allgemeinen Prozeßgrundsatz oder auf § 250 StPO.

a) Der erstere hat in der Literatur verschiedene Namen, teilweise aber auch einen verschiedenen Inhalt. Dohna[1]) spricht von der „Pflicht des Gerichts zu erschöpfender Aufklärung" und meint, es handle sich um eine „Frage des Umfangs der Beweisaufnahme". Nach Ansicht der Mehrzahl der Schriftsteller handelt es sich um eine Frage der Beweisführung, und das dabei zu beachtende Prinzip wird als „Prinzip der besten Beweisquelle" von Gerland[2]), „Forderung der Benutzung des bestmöglichen Beweismittels" von Goldschmidt[3]), nach dem es sich „ohne weiteres aus dem Prozeßzweck" ergibt, formuliert. Die meisten arbeiten mit dem sog. Unmittelbarkeitsgrundsatz, welcher nach Beling[4])

---

[1]) Strafprozeßrecht, S. 175, Anm. 98 gegen Beling (vgl. Anm. 4).
[2]) Strafprozeß, S. 173.
[3]) JW 1929, S. 2996.
[4]) Reichsstrafprozeßrecht, S. 319 Nr. 4.

auf dem Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit beruht, und zwar mit jenem Unmittelbarkeitsgrundsatz, welchen Goldschmidt[5]) „Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven (materiellen) Sinne" nennt. Dieser Grundsatz, welcher die Beziehungen der **Objekte** der Beweisaufnahme zu einander regelt, ist nicht zu verwechseln mit dem sog. „Unmittelbarkeitsgrundsatz im subjektiven (formellen) Sinne"[6]), welcher als **Subjekt** der Beweisaufnahme das erkennende Gericht bestimmt[7]). Er ist ferner mit dem genannten „Prinzip des bestmöglichen Beweises" nicht schlechthin identisch. Wird z. B. der erst zur Zeit der Hauptverhandlung befangene — früher unbefangene — unmittelbare Zeuge zugunsten des Zeugen vom Hörensagen (ZH), einer unbefangenen Person, übergangen, so mag der Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven (materiellen) Sinne in Mitleidenschaft gezogen sein, das Prinzip des bestmöglichen Beweises bleibt jedenfalls unberührt.

b) Der § 250 StPO wird in recht verschiedener Weise benutzt[8]). Mit allgemeinen Gesichtspunkten bringt ihn Muskat[9]) in Verbindung, der von dem „Geist" des § 250 spricht und damit sagen will, in der Bestimmung sei der Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven (materiellen) Sinne zum Ausdruck gelangt. Ferner Krüger[10]), welcher für den Fall, daß der § 250 das ZH nicht zugunsten des unmittelbaren Zeugen verdrängen sollte, einen „ethischen Fehler" dieses Paragraphen feststellt. Häufig wird auf den Wortlaut des Satz 1 des § 250 Bezug genommen und durch Betonung[11]), Auslegung[12]) oder

---

[5]) Prozeß als Rechtslage, S. 438, Anm. 2297.

[6]) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 435, Anm. 2288.

[7]) Vgl. zu der Unterscheidung der Grundsätze: Hegler, „II 2a" im Rechtsgang I, 407 f., u. „II, 2 b aa", Rechtsgang II, 274 ff.; Beling, a. a. O. S. 315, Nr. 1 u. Nr. 3.

[8]) Literatur bei Hegler, Rechtsgang II, 316—318; Alsberg, Beweisantrag S. 148/149.

[9]) Goltd.A. 36, 283.

[10]) Berliner Tageblatt, Jg. 1930, Nr. 364.

[11]) Beling, a. a. O. 319 Nr. 4 (verb. „So ist diese").

[12]) Scanzoni, JW 1925, S. 997

Hinzufügung[13]) von einzelnen Worten das gewünschte Resultat zu erzielen gesucht; nicht selten wird das Verhältnis des Satz 1 zum Satz 2 einer Prüfung unterzogen und als Ergebnis festgestellt, daß der erstere eine weitergehende Bedeutung haben müsse als der letztere, da er andernfalls überflüssig sei[14]). Zuweilen wird auch durch argumentum a fortiori[15]) aus Satz 2 des § 250 oder aus dem Gesichtspunkt angeblich verbotener Umgehung des Verlesungsverbots für Protokolle[16]) gefolgert, daß der vorhandene Zeuge nicht vom ZH verdrängt werden dürfe.

c) Hingegen leugnen viele von denen, welche die an den Eingang gestellte Frage bejahen, daß der § 250 StPO. mit dem ZH überhaupt irgend einen Zusammenhang habe, so die Kommentatoren Löwe-Rosenberg[17]), Kohlrausch-Mannheim[18]) und Feisenberger[19]), ferner Hegler[20]), Alsberg[21]) und Mamroth[22]), vor allem aber das Reichsgericht in ständiger Praxis[23]).

Diese Ansicht wird teils auf die Entstehungsgeschichte gestützt: das frühere preußische Recht habe den ZH unbeschränkt verwerten lassen und die Materialien enthalten nichts für die hier behandelte Frage[24]). Teils wird auf die systematische Stellung des § 250 Satz 1 hingewiesen, der sich

---

[13]) Rupp, Beweis im Strafverfahren, S. 133 (verb. „Wahrnehmung **derselben**"; vgl. dazu v. Kries, ZStW 6, 97/98 u. Hegler, a. a. O., 317, Anm. 2—4.

[14]) Rupp, a. a. O. 131; Beling, a. a. O.

[15]) Muskat, a. a. O. 284f; v. Kries, a. a. O. S. 92f.; Beling a. a. O.

[16]) Vgl. Literatur bei Hegler, a. a. O., 318.

[17]) Erl. 6 zu § 250; vgl. auch Erl. 4 zu § 69.

[18]) Erl. 1 zu § 250.

[19]) Note 2 zu 250.

[20]) a. a. O., 318/319.

[21]) a. a. O., 148.

[22]) JW 1926, S. 2448.

[23]) RGSt. 2, 160; 48, 246; U. v. 14. 1. 29 in Sachen Langner 2D 1323. 28; RGJW 1926, S. 2448 Nr. 3; 1925, S. 997 (=Recht 1925, 64/65 Nr. 7); GoltdA. 72, 345.

[24]) Muskat, a. a. O., 282 f.; Jahn, Unmittelbarkeit, S. 81; v. Kries, a. a. O., 89.

inmitten von Vorschriften über die Verlesbarkeit von Schriftstücken befinde[25]). Es wird behauptet, daß der Satz 1 dasselbe wie Satz 2 sage und durch ihn nur erläutert werde[26]).

II. Der wahre Streit ist aber nicht der mit mehr oder weniger äußerlichen Argumenten um die Auslegung des § 250 StPO geführte. Denn wäre man sich darüber einig, welches Ergebnis wünschenswert ist, so wäre dieser Streit schnell beendet. Eine herrschende Meinung hätte dann den § 250 StPO längst der gefundenen ratio gemäß ausgelegt. In Wirklichkeit wird um die Anerkennung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im objektiven (materiellen) Sinne und um sein Verhältnis zu anderen Grundsätzen gerungen.

a) Die Gefahren, welche die Verwertung des ZH mit sich bringt, sind von denjenigen, welche die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes dartun wollen, oft genug geschildert worden[27]). In der Gruppierung sei Hegler[28]) gefolgt: die Tatsache, daß das Gericht den Aeußernden nicht vor sich habe, bewirke den Verlust des persönlichen Eindrucks und der damit verbundenen Imponderabilien. Es fehle die Gegenüberstellung mit anderen Zeugen, die Ausübung des richterlichen Fragerechts, die Befragung durch die Parteien, die Möglichkeit zur Aufklärung von Unklarheiten und Widersprüchen, Berichtigung und Ergänzung, vor allem aber zur Beeidung, dem wichtigsten Mittel zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage. Die Aussage sei nicht im Bewußtsein gemacht, dafür einstehen zu müssen. — Die Tatsache, daß der Aeußerungsempfänger nicht das unmittelbare Beweismittel sei, steigere die Fehlergefahr, da ja eine Mehrzahl von Personen am Zustandekommen der gerichtlichen Aussage beteiligt sei. — Das Gericht sei zu einer Häufung von Schlußfolgerungen gezwungen, welche die Richtigkeit des Ergebnisses beeinträchtigten. Diese Erwägungen führen

---

[25]) Jahn, a. a. O., 79 f. mit Anm. 13; Hegler, a. a. O., 318 vor Anm. 4; Alsberg a. a. O., 148.

[26]) Hegler, a. a. O., 317; Glaser, Beiträge 265.

[27]) So von Kulischer, Grünhut 34, 229.

[28]) a. a. O., S. 344/345.

zur „generellen Annahme des Minderwerts" des ZH und diese ist die ratio des Unmittelbarkeitsprinzips[29]).

b) Die Gegner des Grundsatzes leugnen zwar nicht die soeben aufgezeigten Gefahren, aber die praktische Brauchbarkeit solcher a priori angestellter Ueberlegungen. Sie sind der Ansicht, daß es Sache des Gerichts sei, in jedem Einzelfalle festzustellen, ob die zunächst nur „potentiellen" Gefahren „aktuelle" geworden seien, und nur in letzterem Falle gebiete dem Richter das pflichtmäßige Ermessen, das unmittelbare Zeugnis dem ZH vorzuziehen[30]). Ja, es genügt anscheinend der negative Umstand, daß die Vernehmung des ZH sowie alle übrigen dem Gericht bekannten Umstände nicht ergeben haben, daß die genannten Gefahren im Einzelfall „aktuell" geworden sind, um von einer Vernehmung des unmittelbaren Zeugen abzusehen.

Ferner betonen die Gegner des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, daß es auch Vorzüge a priori bei der Verwertung des ZH gäbe: Die größere Unbefangenheit bei der außergerichtlichen Aeußerung sei bisweilen eine bessere Gewähr für die Richtigkeit als sie die gerichtliche biete, bei welcher der Zeuge bereits wisse, worauf es ankomme und wieviel von seiner Aussage abhänge[31]).

Ueber den weiteren Einwand, der Aeußerungsempfänger sei unter Umständen dem Aeußernden gleichwertig oder sogar besser, z. B. bei getrübter Erinnerung des letzteren[32]), ließe sich eine Verständigung erzielen: Soweit nämlich von den Anhängern des Unmittelbarkeitsprinzips die zu Ia geschilderte selbständige Bedeutung des „Grundsatzes des bestmöglichen Beweises" anerkannt wird.

Dagegen spitzt sich der Gegensatz zwischen Anhängern und Gegnern des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wieder zu, soweit die letzteren dem Grundsatz gewisse Interessen der Praxis vorgehen lassen wollen. Soweit es sich einmal um solche **inner-**

---

[29]) Hegler, a. a. O., 343 f.

[30]) Hegler, a. a. O., 346; Löwe-Rosenberg, 4 zu § 69; Mamroth, a. a. O., Alsberg, a. a. O., 149.

[31]) Hegler, a. a. O., 347.

[32]) Hegler, a. a. O.

halb „der Erstrebung prompten, gerechten Rechtsschutzes liegende[33]) praktische Interessen, z. B. um die Rücksicht auf Prozeßbeschleunigung (der ZH ist gleich zur Hand), besondere Umständlichkeit oder Schwierigkeit der Benutzung handelt, ist die Einigung schwer, aber mit Hilfe des § 245 StPO. möglich. Bei **außerhalb** desselben liegenden Interessen, z. B. Ersparung von Zeit, Kraft, Kosten für den Staat oder die Parteien[34]), das gesundheitliche Interesse des lange in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten, u. U. Rücksichten auf das Staatswohl, erscheint eine Einigung ausgeschlossen. Hier gilt es, sich zu entscheiden, ob man prozeßfremde Zwecke als dem Prozeßzweck überlegen anerkennen will oder nicht.

Von der Behandlung aller dieser Fragen, insbesondere der Anerkennung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Zusammenhanges zwischen ZH und § 250, soll in den nachfolgenden Untersuchungen abgesehen werden. Einmal hat eine Stellungnahme nur im Falle der Beibringung neuer Argumente für die eine oder andere Ansicht Wert. Vor allem aber hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die ihr folgende Praxis der unteren Gerichte die praktische Notwendigkeit hervorgebracht, einmal die vom Reichsgericht geschaffene Lage hinzunehmen und sich mit der Behandlung des Zeugnisses vom Hörensagen unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung auseinanderzusetzen.

Im Mittelpunkt der folgenden Erörterungen wird daher der Satz stehen: „Die Verwertbarkeit des Zeugnisses vom Hörensagen dürfte mit dem Problem der freien Beweiswürdigung zusammenhängen"[35]). Es wird im § 261 StPO der Grundsatz der Freiheit und der Grundsatz der Richterlichkeit unterschieden. Der letztere ist im Zusammenhang mit dem ZH schon im gemeinen Recht angedeutet worden[36]). So findet sich bei Groß für das Verbot des ZH der Satz zitiert: „Es würde alles auf

---

[33]) Hegler, a. a. O., 348.
[34]) Hegler, a. a. O.
[35]) Mannheim bei Kohlrausch, Anm. 4 zu § 261.
[36]) Vgl. die Zitate bei Groß S. 24, Anm. 76.

die dem Richter unbekannte Beschaffenheit des ursprünglichen Augenzeugen ankommen und **dem zweiten Zeugen eigentlich das Urteil eingeräumt** werden, daß sein Vorfahre recht wahrgenommen und getreu erzählt habe." Neuerdings hat Mannheim[37]) wieder den Zusammenhang zwischen dem Richterlichkeitsgrundsatz und dem ZH betont mit den Worten: „§ 261 gibt dem Gericht nicht das Recht, die Beweiswürdigung hinsichtlich der Tatzeugen dem ZH zu überlassen".

---

[37]) b. Kohlrausch, a. a. O.

I. Teil:

Das Zeugnis vom Hörensagen.

1. Kap.: Die Beweistatsache (die Aeußerung).

Der Begriff des ZH soll an der von ihm zu bekundenden Beweistatsache und an seiner Stellung zum Beweisthema bestimmt werden.

Die zu bekundende Beweistatsache ist:

I. eine Aeußerung. Unter „Aeußerung" sind nur solche Gedankeninhalte zu verstehen, welche durch Mitteilungszeichen, wie Wort, Schrift, Gebärde oder andere, der Außenwelt offenbar werden. Dagegen sind solche Gedankeninhalte, welche sich der Außenwelt nicht durch Mitteilungszeichen offenbaren, sondern durch irgend ein sonstiges menschliches Verhalten[1]), keine „Aeußerungen" in dem hier gemeinten Sinne und damit nicht Gegenstand des Zeugnisses vom Hörensagen, sondern nur des einfachen Zeugnisses. Ein aus dem englischen Rechtsgebiet berichteter Fall verrät allerdings eine abweichende Ansicht[2]). Der Bericht über das Verhalten eines verstorbenen Kapitäns, welches darin bestand, daß dieser sich mit seiner Familie nach eingehender Prüfung des Fahrzeugs einschiffte, wird zum Beweise der Seetüchtigkeit des Schiffes nicht zugelassen, da ein — unzulässiges — Zeugnis vom Hörensagen vorliege. Zu Unrecht; der Berichterstatter ist einfacher Zeuge, es sei denn, daß der Kapitän über die Seetüchtigkeit des Schiffes irgendwelche Bemerkungen gemacht hat. Im letzteren Fall ist er ZH und hat als solcher über andere Tatsachen als die „Aeußerungen" nicht auszusagen.

---

[1]) Hegler, Rechtsgang II, S. 292, Anm. 1.

[2]) Kenny, Outlines 372.

Soweit er aber über sonstige wahrgenommene Tatsachen aussagen soll, ist er einfacher Zeuge[3]).

II. Da die Aeußerung von einem Dritten abgegeben wird, hat man den Aeußerungsempfänger „testis de (oder ex) auditu alieno" genannt. Diese Bezeichnung ist jedoch mehrdeutig. Nach Garraud, Traité etc., Bd. II, S. 10 ist alienus jeder Aeußerer, der nicht Partei ist. Nach ihm ist der Gegensatz zum testis ex auditu alieno der testis ex auditu partis. Nach Florian, Principi etc. S. 280 haben die italienischen Praktiker de auditu proprio und de auditu alieno unterschieden, je nachdem der Aeußerungsempfänger ZH ersten Grades war oder vom Hörensagen des Hörensagens. Bei Angelus Aretinus findet sich in seinem „tractatus de maleficiis (Venetiis 1584), anscheinend unter Berufung auf Bartolus folgende Stelle, vgl. Glosse „Qui iudex statuit terminum", Nr. 22: „quod deponunt de auditu ab alio vel de eorum credulitate, licet non de visu proprio vel de sensu actui congruente. Bei Beck S. 20 ist jeder Aeußernde alienus, der Aeußerungsempfänger vor Gericht testis de auditu alieno.

III. Die Aeußerung hat die Eigentümlichkeit, niemals selbst Beweisthema zu sein[4]), d. h. die Feststellung ihres Erfolgtseins ist niemals Selbstzweck oder letzter Zweck[5]), sondern dient der Feststellung anderer Tatsachen als der Tatsache des Erfolgtseins; die Feststellung, daß die Aeußerung erfolgt ist, ist also nur vorläufiger Zweck der Vernehmung des Aeußerungsempfängers und dient Fremdzwekken. ZH kann nur derjenige Aeußerungsempfänger sein, der Aeußerungen zu dem Zwecke bekunden soll, daß mit ihrer Hilfe als letztes Ziel andere Tatsachen festgestellt werden können als die Tatsache des Erfolgtseins (und Wie-Erfolgtseins) der

---

[3]) So auch betr. Untersuchungsrichter, der über das Gebahren des Angeklagten oder eines Zeugen vernommen wird, Muskat 291.

[4]) vgl. dazu Hegler, Rechtsgang II, S. 292 unten und Seite 293 in Anm. 1, sowie S. 354 den analogen Fall betr. Urkunden.

[5]) Gegen die Unterscheidung von v. Kries, Unmittelbarkeit, S. 105, 109 zwischen Tatsachen „von selbständiger Bedeutung" und Tatsachen ohne solche, vgl. Hegler, a. a. O. 295, Anm. 1.

Aeußerung selbst[6]). Diejenigen Schriftsteller, welche das Beweisverfahren in der Weise atomisieren, daß sie die Feststellung jeder Tatsache — also auch die Feststellung des Erfolgtseins der Aeußerung — als Selbstzweck und Endzweck auffassen, dürfen deshalb den Begriff des Zeugnisses vom Hörensagen als besonderen, vom gewöhnlichen Zeugen sich abhebenden, Begriff leugnen. So sagt denn auch Langenbeck[7]): „Das Zeugnis vom Hörensagen ist ein eigentliches Zeugnis, da der Zeuge nicht das gehörte Faktum selbst, vielmehr nur den Umstand, daß und wie er es gehört hat, aussagt". Und Heusler[8]) meint gegen Renaud[9]), der die hier vertretene Meinung von der Besonderheit des ZH hat, folgendes: „Ein Zeuge kann in Bezug auf die von ihm zu bezeugende Tatsache nie testis de auditu sein, . . . sobald man unter dieser Tatsache nicht „die zu beweisende Tatsache" Renaud's, d. h. den Rechtsakt, sondern eben die von dem Zeugen selbst wahrgenommene Tatsache versteht". Die Ansicht Heusler's wird wegen seines richtigen Bestrebens, dem starren Ausschluß des ZH im gemeinen Prozeß ein Ende zu machen[10]), wenigstens für seine Zeit aus rechtspolitischen Gründen nicht getadelt werden dürfen. Groß[11]) erkennt grundsätzlich die Besonderheit des ZH in seiner Stellung zum Beweisthema an; er behauptet aber, daß beim Beweise der sog. unvordenklichen Verjährung die Aeußerung der Vorfahren das Beweisthema sei, weshalb der Aeußerungsempfänger gewöhnlicher Zeuge, nicht ZH, sein werde. Das ist wohl nicht zutreffend. Beweisthema, weil letzter Zweck und Selbstzweck der Beweisführung, ist die Feststellung, daß der heutige Rechtszustand auch schon zur

---

[6]) Das gilt auch, wenn nicht Aeußerungen eines Einzelnen, sondern das „Gerede" eines Personenkreises in Frage steht. Vgl. schon die Unterscheidung bei Glaser, Beiträge S. 263 (verb. „Das Gerede als solches ist kein Beweisthema etc.").

[7]) Die Beweisführung S. 445.

[8]) In Arch. Ziv. Prax. 62, S. 277.

[9]) Renaud, Lehrbuch S. 301.

[10]) vgl. a. a. O., S. 275 f. („Die moderne Doktrin hat aber diesen Grundsatz schwer verunstaltet").

[11]) Bd. II, S. 24, vor Anm. 77.

Zeit der Vorfahren bestanden hat. Dagegen ist die Feststellung der Aeußerungen, welche die Vorfahren getan haben sollen, nur vorläufiger Zweck der Vernehmung der Aeußerungsempfänger und dem fremden höheren Zwecke dienstbar. Die Aeußerungsempfänger fallen daher unter den Begriff des ZH.

Im Gegensatz zu jenem Aeußerungsempfänger, dessen Bekundung vom Erfolgtsein der Aeußerung einem Fremdzweck dient, steht der Aeußerungsempfänger, welcher das Erfolgtsein von Aeußerungen bekunden soll, weil dieses festzustellen Beweisthema, d. h. Selbstzweck und Endzweck, ist[12]). Er wird in der englischen Literatur „res-gestae"-Zeuge genannt[13]), und man sagt: „res gestae" läge vor, wenn „saying is doing" also wenn die Aeußerung wie ein sonstiges Tun Beweisthema ist, d. h. die Feststellung der Aeußerung Selbstzweck und Endzweck (sei es auch nur partieller) ist. Ein Beispiel aus dem Zivilrecht ist die Feststellung der Abgabe der Willenserklärung bei der Feststellungsklage auf Bestehen des Vertrages V, dessen Element die Erklärung X bildet. Wer die letztere mitangehört hat, ist Zeuge, nicht Zeuge von Hörensagen. Aus dem Strafprozeß gehören hierher alle Fälle, „in welchen die bezeugte Aeußerung sogar selbst das Verbrechen oder einen Teil desselben ausmacht"[14]). Zeugnis, und nicht Zeugnis von Hörensagen, liegt also vor, wenn der Aeußerungsempfänger die gehörten beleidigenden Aeußerungen im Falle einer Verleumdungsklage bekundet; im Falle einer Körperverletzungsklage, wenn er bekundet, ob der Schlag von einem Gruß oder einem Schimpfwort begleitet wurde, oder daß der Verletzte eingewilligt hat[15]). Da in England das Zeugnis von Hörensagen in der Regel unzu-

---

[12]) Richtig Muskat, GoltdA. 36, S.281; verkannt von Pollack, GoltdA. 33, S. 254 u. von RGSt. 2, 161, wogegen richtig Scanzoni, JW 1925, 997 Stellung nimmt.

[13]) Archbold, p. 377 (verb. „Res gestae"); Kenny, a. a. O., p. 373.

[14]) Brauer, GerS IX, 1, S. 53.

[15]) Vgl. zu diesem Punkt Kulischer, Grünhut 34, 207, Anm. 112 betr. Notzucht; ferner Archbold, a. a. O. (verb. „it would seem that the conduct of a person etc.").

lässig ist[16]), hat die Frage, ob ein solches oder ein (zulässiges) Zeugnis über res gestae vorliegt, dort eine ganz andere Bedeutung als im geltenden deutschen Strafprozeß. Doch sei schon hier darauf hingewiesen, daß die Frage auch im deutschen Recht und zwar in der Beweiswürdigung, ihre Rolle spielt. Es wird z. B. der Zeuge über res gestae regelmäßig einen erheblich größeren Beweiswert beigemessen erhalten als der ZH.[17]). Es ist also wichtig zu wissen, wen man vor sich hat.

IV. Die Aeußerung hat die Eigentümlichkeit, daß sie die Behauptung einer Wahrnehmung enthält. Der Ausdruck „behauptet" soll aber nicht bedeuten, daß der Aeußernde nur ein positives Wahrnehmungsurteil abgegeben haben darf; auch wenn der Aeußernde gesagt hat, er habe den Angeklagten an dem fraglichen Tage im Wirtshaus nicht gesehen, ist der Aeußerungsempfänger ZH. Ferner muß der Satz „auch der testis nesciens bleibt Zeuge"[18]) auf den Aeußerungsempfänger nicht nur Anwendung finden, wenn er nichts über eine angeblich ihm gegenüber abgegebene Aeußerung bekunden kann, z. B. weil er sich an die Aeußerung nicht erinnert; sondern erst recht dann, wenn der Aeußernde sich als nesciens erklärt hat. So ist z. B. der B vor Gericht ZH, wenn der A ihm gegenüber erklärt hat, er könne sich nicht erinnern, ob er den Angeklagten an dem fraglichen Tage im Wirtshaus gesehen habe.

Die Aeußerung enthält nur die „Behauptung" einer Wahrnehmung. Ob der behaupteten Wahrnehmung eine tatsächliche entspricht, m. a. W., ob die Aeußerung eine richtige Behauptung enthält, ist gleichgültig für den Begriff des Zeugnisses vom Hörensagen. „Hörensagen" ist nicht identisch mit „Hören die Wahrheit sagen", deshalb ist auch derjenige Aeußerungsempfänger, welcher gläubig dem Gericht die Märchen wiedergibt, die ihm sein Gewährsmann aufgetischt hat, ZH.

---

[16]) Kulischer, a. a. O., 179 f.; derselbe in Ztschr. f. angew. Psychologie Bd. 1 (1908), S. 427; Neumann in ZStW 50, 25.

[17]) Worauf Brauer, GerS IX, 1, S. 48 (verb. „Insofern die Aeußerung") hinweist.

[18]) v. Kries, ZStW 6, 154.

Die Aeußerung enthält die Behauptung einer Wahrnehmung, d. h. die Behauptung, eine Tatsache sei wahrgenommen worden. Sie steht daher im Gegensatz zu der Aeußerung, die das Erfolgtsein der Tatsache schlechthin behauptet[19]), ohne den Wissensgrund anzugeben[20]). Ferner unterscheidet sich die wahrnehmungsbehauptende Aeußerung von jenen Aeußerungen, welche überhaupt keinen Tatsachenbericht enthalten: Gebote des Gesetzgebers, der Tenor eines Urteils, der Befehl (Verfügung) einer Verwaltungsbehörde, Willenserklärungen[21]) einer Person. Endlich steht die Aeußerung, da sie konkrete Wahrnehmungen behauptet, im Gegensatz zu jenen Erklärungen von Sachverständigen, welche über Erfahrungssätze[22]) berichten. Der Aeußerungsempfänger ist in allen diesen Fällen nicht ZH, sondern (gewöhnlicher) Zeuge über ein angehörtes Urteil, über die gehörte Willenserklärung, über das gelesene Sachverständigengutachten, über die Urkunde, welche die Verfügung enthält.

Die in der Aeußerung behauptete Wahrnehmung kann ebensosehr[23]) eine unmittelbar erhebliche (das Beweisthema bildende) wie eine nur mittelbar erhebliche (indizierende Beweistatsache[24]) betreffen. Wohlgemerkt: die Wahrnehmung! An-

---

[19]) So häufig — nicht immer — das **Gerücht,** welches die Aeußerung eines Personen**kreises** darstellt.

[20]) Der Aeußernde, der nur die Behauptung aufstellt, ohne Angabe des Wissensgrundes, ist „Urteiler", vgl. über diesen Begriff im 2. Kap., der Aeußerungsempfänger, der vom Gericht nur vernommen wird, um dieses fremde Urteil zu übermitteln, ist nicht „Zeuge" vom Hörensagen, sondern „Urteiler" vom Hörensagen; so häufig der „Gerüchtszeuge", wenn er nämlich das Urteil des Personenkreises übermittelt.

[21]) Vgl. schon Hegler, Rechtsgang II, S. 292, Anm. 1.

[22]) Diese sind nur aus konkreten Wahrnehmungen abstrahiert, enthalten aber selbst keine solchen. Vgl. jedoch dazu noch Hegler, a. a. O., S. 353, vor Anm. 2; Stein, Privates Wissen, S. 18 ff.

[23]) Vgl. schon Hegler, a. a. O., S. 276, unter aa), vor Anm. 1 und 2.

[24]) Zu eng Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1925), 3. Aufl., § 93, S. 337, der nur von Wahrnehmungen „des zu beweisenden Vorgangs" spricht. Richtig dagegen K. Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil, (1912), § 215 I i. Verb.

ders die Aeußerung über die Wahrnehmung. Diese kann, wie schon zu III ausgeführt, immer nur Indiztatsache sein, was ihr Erfolgtsein anbelangt. Konkret gesprochen: Im Mordprozeß A ist der Aeußerungsempfänger ein ZH sowohl dann, wenn sein Gewährsmann G behauptet hat, er habe den Angeklagten A mit einem Beil in der Nähe des Tatortes betroffen, als auch dann, wenn G behauptet hat, die Tat des A von einem Versteck aus beobachtet zu haben. Die Wahrnehmung des G betrifft in der ersten Alternative eine Indiztatsache, in der zweiten eine direkt erhebliche Tatsache. Dagegen ist die Aeußerung des G in beiden Alternativen eine Indiztatsache, und zwar dafür, daß G eine Wahrnehmung des — jeweilig von ihm behaupteten — Inhalts gemacht hat. Nur wenn A den G wegen Verleumdung verklagt, ist die Aeußerung direkt erheblich und der über sie befragte Aeußerungsempfänger gewöhnlicher Zeuge, nicht ZH[25]).

2. Kap.: **Das Beweismittel (der Aeußerungsempfänger).**

1 Der Empfänger der fremden, wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung kann zur Erfüllung der verschiedensten Funktionen in den Prozeß eingeführt werden[26]). Es wird sich zeigen, daß je nach dem Zweck[27]), den das Gericht dem Aeußerungsempfänger von sich aus — d. h. ohne Rücksicht auf die tatsächlich in der Person des Aeußerungsempfängers vorhandenen Fähigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten, sowie ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Inhalt der Aussage

---

mit Anm. 1, der von Wahrnehmungen **„bezüglich** der konkreten zu beweisenden Tatsachen" redet.

[25]) Vgl. schon Hegler, a. a. O., Anm. 1 auf S. 292/293. Ferner Alsberg, Beweisantrag, S. 148.

[26]) Für das Folgende vgl. schon Hegler, Arch. Ziv. Prax. 104, S. 151 ff.

[27]) Im ganzen 2. Kap. ist stets jeder Begriff nach der „Zweckfunktion" (Hegler, a. a. O., S. 247) im Prozeß definiert. Die „Inhaltsgebung nach teleologischem Gesichtspunkt" ist vielfach gefordert und angewendet worden. Vgl. Hegler, Rechtsgang, Bd. I, S. 192; Mannheim, Revision, S. 12/13 u. S. 57; Meißner, Festschrift f. v. Liszt, 168.

des Aeußerungsempfängers[28]) — zumißt, der Aeußerungsempfänger ZH, Gewährzeuge, Richtergehilfe, Botenzeuge, Urteiler sein kann[29]). Es wird sich weiter zeigen, daß er nicht in jedem dieser Fälle „Beweismittel" ist (so nicht z. B. im Falle des „Urteilers") und daß er nicht notwendig ein Objekt der Beweiswürdigung sein muß, (so nicht im Falle des Richtergehilfen).

Ein Aeußerungsempfänger, der vom Gericht in den Prozeß eingeführt wird, um über den Empfang von fremden indizierenden wahrnehmungsbehauptenden Aeußerungen Bekundungen zu machen, ist Zeuge vom Hörensagen[30]).

Maßgebend ist die Zweckbestimmung durch das Gericht[31]). Deshalb bleibt ZH, wer bei der Vernehmung aussagt, er habe keine fremden Aeußerungen entgegengenommen oder er habe zwar solche entgegengenommen, könne sich aber an nichts mehr erinnern. Ebenso ist ZH, wer infolge eines mangelhaften Sinnesorgans die Aeußerung nicht entgegennehmen konnte oder wer infolge chronischer Gedächtnisschwäche außer Stande ist, sich an die empfangenen Aeußerungen zu erinnern, oder wer, weil er stumm oder gelähmt ist, über die empfangene Aeußerung der Außenwelt keine Mitteilung machen kann. Endlich bleibt ZH auch derjenige, der die Aussage über die empfangene Aeußerung verweigert oder wer Lügen vorbringt. — Das Abstellen auf die Zweckbestimmung durch das Gericht ist selbst wieder auf Zweckerwägungen gegründet. Es geht nicht an, jemandem die Zeugengebühren mit der Begründung,

---

[28]) Diese wären als Kriterien denkbar, vgl. Hegler, Arch. Ziv. Prax. 104, S. 152, sind aber von Hegler als unbrauchbar aufgedeckt; „Der Grund der Einführung, ein Hypothetisches, entscheidet" (S. 266).

[29]) Der Aeußerungsempfänger als **Sachverständiger** ist nicht behandelt; vgl. Alsberg, Beweisantrag, S. 180/181 betr. Sachverst. v. H—S und betr. Person, die zugleich Sachverständiger und ZH ist.

[30]) Der Empfang muß nicht in einem „Hören" bestehen. Auch wer bekunden soll, was er als Tauber dem Aeußernden von den Lippen abgelesen hat, ist ZH - genauer also Zeuge vom Sehen-Sagen. Ebenso derjenige, welcher eine **schriftliche** Aeußerung empfangen hat, obwohl hier weder „gehört" noch „gesagt" wird. Vgl. Rupp, S. 134; Dohna, S. 101.

[31]) Vgl. Hegler, a. a. O., 246 ff., insbes. 260/261.

er habe keine oder unwesentliche Bekundungen gemacht, zu verweigern, obwohl er Geld und Zeit der Gerichtsverhandlung ebenso geopfert hat, wie jeder brauchbare Zeuge. Es wäre unzweckmäßig, für die Entscheidung, ob jemand Gebühren zu beanspruchen hat, oder ob er zu beeiden ist, erst darüber Beweis zu erheben, ob er die behaupteten Wahrnehmungen wirklich gemacht hat. Es würde auch die Gefahr bestehen, daß Wahrnehmungen nur zum Zwecke der Gebührenerlangung behauptet würden u. dgl. mehr.

2. Der Aeußerungsempfänger wird nicht nur zur Feststellung wahrnehmungsbehauptender Aeußerungen Dritter, also zur Beantwortung der Frage, ob der Aeußernde etwas gesagt und was er gesagt hat, verwendet. Er wird vielmehr auch noch[32]) zur Erkennung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit jener Aeußerungen vom Gericht herangezogen (soweit die Aeußerungen nicht schon durch ihren in sich widerspruchsvollen Inhalt dem Gericht ihre Unrichtigkeit dartun), und zwar zur Bekundung von Wahrnehmungen, die er seinerzeit bei der Aufnahme der Aeußerungen an der Person des Aeußernden gemacht hat und welche die Frage nach der Richtigkeit der Aeußerungen beantworten helfen; ferner zur Bekundung eigener Wahrnehmungen sonstiger Art (z. B. Spuren am Tatort; eigene Wahrnehmung der Tat), welche ebenfalls dartun, ob die außergerichtlichen Aeußerungen des Dritten den Tatsachen entsprechen. Da der Aeußerungsempfänger durch Bekundung der genannten Wahrnehmungen eine „Gewähr" (scil. für die Richtigkeit der Aeußerungen) bieten soll, mag er in dieser Rolle „Gewährzeuge" genannt werden.

Wahrnehmungen des Gewährzeugen an der Person des Aeußernden sind die sog. Imponderabilien: Erröten, Stammeln, unsicheres Umsichblicken, starrer Blick, aufgeregte Gesten und ähnliches[33]), der aus vielen unbewußten Einzelbeobachtungen sich zu einem organischen Ganzen rasch zusammenschließende „persönliche Eindruck", „der für die Glaubwür-

---

[32]) Zuweilen! Ueber andere Möglichkeiten vgl. Teil II.
[33]) Manzini, pag. 182, Nr. 305.

digkeit von erheblicher Bedeutung ist"[34]); (die Glaubwürdigkeit ihrerseits führt zu dem Schluß auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Aeußerungen). Die Imponderabilien haben bedenkliche Eigenheiten[35]): ihre einfache Beschreibung mit Worten wird häufig nicht ausreichen, sie dem Richter zugänglich zu machen[36]). Vielmehr müssen sie veranschaulicht werden. Hierzu gehören aber Fähigkeiten, die dem Durchschnitts-Gewährzeugen oftmals nicht zu Gebote stehen werden: mündlicher Bericht verlangt ein gewisses Nachahmungstalent zur Wiedergabe der Aeußerung in Ton, Haltung und Gesichtsausdruck des Aeußerers, schriftlicher Bericht die Fähigkeit zu bildhafter Darstellung. Diese Schwierigkeiten lassen sich lediglich bei der Aufnahme der Aeußerungen durch Richtergehilfen beseitigen, sei es durch Heranziehung von solchen Richtergehilfen, welche die genannten Fähigkeiten zur Veranschaulichung besitzen, sei es unter Zuhilfenahme technischer Mittel, welche die Veranschaulichung bewerkstelligen (Tonfilm).

Außer den Imponderabilien bekundet der Gewährzeuge wichtige Tatsachen über die Persönlichkeit des Aeußernden, die ebenfalls letzten Endes auf Wahrnehmungen zurückgehen, so vor allem den Namen des Aeußernden, seinen Beruf, seine freundlichen oder feindlichen, verwandtschaftlichen oder geschäftlichen Beziehungen zum Angeklagten[37]).

Von dem Falle, daß der Aeußerungsempfänger zwecks Ermittlung der Richtigkeit der seinerzeit von ihm wahrgenommenen Aeußernug vom Gericht herangezogen wird, ist zu unterscheiden jener Fall, in welchem seine Verwertung zu

---

[34]) Hegler, Rechtsgang I, 406; vgl. auch die a. a. O., 200, Anm. 1, Zitierten.

[35]) Die Literatur zu den Schwierigkeiten der Uebermittlung von Imponderabilien, vgl. bei Hegler, a. a. O. I, 218, Anm. 6 u. 7; II, 272, Anm. 7; 273, Anm. 1—3; speziell zur Schwierigkeit, den persönlichen Eindruck in seiner Ganzheit zu vermitteln, vgl. Tumarkin, S. 57/58.

[36]) Das gleiche gilt, wenn der Richter sich im Urteil auf Imponderabilien stützen will, für die Zugänglichmachung an den Hörer und Leser des Erkenntnisses.

[37]) Vgl. Muskat, GoltdA. 36, 291.

dem Zwecke erfolgt, die Richtigkeit einer vom Gericht wahrgenommenen Aussage des Aeußernden festzustellen[38]): Das Gericht vernimmt sowohl den Aeußernden als den Aeußerungsempfänger, beachtet Uebereinstimmungen und Abweichungen der beiden Aussagen des Aeußernden, bemerkt logische Widersprüche und die Ergänzungen, Berichtigungen und Bestätigungen der einen Aussage durch die andere und zieht seine Schlüsse.

3. Es gibt Personen, die damit betraut sind, wahrnehmungsbehauptende Aeußerungen Dritter entgegenzunehmen und am Aeußernden selbst Wahrnehmungen zu machen[39]). Man kann sie als „Richtergehilfen" bezeichnen und drückt damit aus, daß sie betraut sind, die genannten Tätigkeiten für das erkennende Gericht und seine Hauptverhandlung vorzunehmen. Je nachdem ihre Tätigkeit ausschließlich dem Interesse des erkennenden Gerichts gewidmet oder der nächste Zweck ein anderer ist, kann man „echte" und unechte" Richtergehilfen unterscheiden; je nachdem ihre Betrauung bereits vom Gesetzgeber vorgesehen oder erst vom erkennenden Gericht, also von dem durch die Betrauung Begünstigten selbst, ausgegangen ist, kann man „geborene" und gekorene" Richtergehilfen unterscheiden. Endlich gibt es Richtergehilfen mit Richtereigenschaft und ohne eine solche.

Ein Beispiel für den „echten" Richtergehilfen („R g") ist der ersuchte Richter. Daß seine Tätigkeit ausschließlich dem Interesse des ihn ersuchenden erkennenden Gerichts gewidmet ist, bedarf wohl keiner Erörterung. Ein Beispiel für den „unechten"

---

[38]) An diesen Fall denken: Brauer, GerS IX, 1, S. 54, Nr. 3; Rupp, 136. v. Kries, Unmittelbarkeit, S. 108 (verb. „Selbständigen Beweiswert besitzt es stets", etc.); Kulischer, Grünhut 34, S. 207, speziell für den Fall, daß Aeußernder ein Kind, Aeußerungsempfänger dessen Mutter ist; Hegler, a. a. O., II, 289/290 (betr. seine „Fälle des **Neben**"); für das englische Recht, welches in diesem Ausnahmefall hearsay zuläßt, „in order to invalidate or confirm the testimony he gives in court", vgl. Archbold, S. 377, Nr. 3; vgl. endlich Alsberg, Beweisantrag, S. 61.

[39]) Vgl. Rupp, S. 142 unter D.

Rg ist der Untersuchungsrichter. Seine Tätigkeit dient in erster Linie nicht der Hauptverhandlung, sondern der Lieferung von Unterlagen für jenes Beschlußverfahren, welches über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet. Insoweit aber der Untersuchungsrichter durch die Vernehmung von Zeugen die Hauptverhandlung „vorbereiten" soll, ist unter Vorbereitung in erster Reihe nur gemeint, dem erkennenden Gericht eine zweckmäßige Anordnung der Hauptverhandlung, zweckvolle Fragestellung und dgl. zu ermöglichen; dagegen ist der Zweck, den erkennenden Richter die in der Voruntersuchung gefallenen Aeußerungen zu Vorhaltszwecken und im Urteil verwenden zu lassen, allenfalls ein sekundärer. Dies ergibt sich aus der Erwägung, daß der moderne Prozeß mit seiner Tendenz, sowohl Beweisaufnahme als Beweiswürdigung möglichst in der Hand des erkennenden Richters zu vereinen, niemals lediglich aus diesem Grunde die Voruntersuchung eingeführt hätte.

Ein Beispiel für einen „gekorenen" und „echten" Richtergehilfen, aber ohne Richtereigenschaft, ist jene Persönlichkeit, die vom erkennenden Gericht damit betraut wird, Wahrnehmungen zu machen, längst bekannt unter den verschiedensten Namen: „gerufener" oder „gezogener" Zeuge (Mannheim, Alsberg)[40]), „Quasisachverständiger" (Hegler)[41]), „Beweismittler" (Goldschmidt)[42]). In unserem Zusammenhange interessiert sie nur insoweit, als sie betraut ist, die wahrnehmungsbehauptende Aeußerung Dritter entgegenzunehmen und eigene Wahrnehmungen am Aeußernden zu machen[43]). „Gekoren" ist sie, weil vom erkennenden Gericht betraut, „echt", weil ausschließlich für die Zwecke des erkennenden Gerichts betraut.

Die Protokolle, die von einzelnen der genannten Richtergehilfen aufgenommen werden, sind schriftliche Aussagen der Richtergehilfen selbst. Ueberhaupt kein Richtergehilfe

---

[40]) Festschrift für Frank, 331 f.; Beweisantrag 143.

[41]) Arch. Ziv. Prax. 104, 157 ff.

[42]) Prozeß als Rechtslage 434, Anm. 2288.

[43]) Vorkommen: Das verletzte Kleinkind sträubt sich im Sittlichkeitsprozeß, vor Gericht öffentlich auszusagen. Es soll daher der begleitenden Helferin „ins Ohr" sprechen. Diese ist dann gezogener ZH.

ist der ersuchte Richter eines Prozesses B in Bezug auf den Prozeß A. Wird er in letzterem vernommen, ist er notwendig (d. h. nach beiden der sofort zu entwickelnden Auffassungen) „Zeuge"; sein Protokoll ist „Urkunde"[44]).

Ein weiteres Beispiel für den „unechten" Richtergehilfen ist der erstinstanzliche Richter im Verhältnis zum Berufungsrichter. Seine Tätigkeit, insbesondere die Vernehmung der Zeugen, dient in erster Linie dem Zweck, zu einem Urteil in der von ihm verhandelten Sache zu kommen, nicht aber Vorarbeit für das Berufungsgericht zu leisten. Nur sekundär hat er ins Auge zu fassen, daß seine Erhebungen auch Grundlagen für die Entscheidung der ihn kontrollierenden höheren Instanz sind oder sein können.

Nun sind zwei Auffassungen vom Richtergehilfen möglich. Entweder erklärt man seine Tätigkeit mit der Erhebung der Beweise für abgeschlossen und stellt sich auf den Standpunkt, daß er nunmehr seine Gehilfeneigenschaft verliere und in der Hauptverhandlung wie jeder andere, der wahrnehmungsbehauptende Aeußerungen entgegengenommen hat, als Zeuge, genauer als ZH und sog. Gewährzeuge vernommen werde. Es sei doch möglich, daß jemand, der früher Subjekt der Beweiserhebung gewesen sei, in der Hauptverhandlung sich in ein Objekt verwandle[45]). Oder man erklärt, die Gehilfeneigenschaft dauere in die Hauptverhandlung hinein fort. Der Richtergehilfe erstatte einen Bericht über die von ihm ausgeübte Vernehmungstätigkeit, sei es im Ganzen, sei es in einzelnen erwünschten Punkten; er sei Mitglied des Prozeßgerichts. Es gäbe eben zwei Arten Mitglieder: einmal diejenigen, welche sowohl zur Beweis erhebung als auch zur Beweis würdigung berechtigt und verpflichtet sind. d. h. die sog. erkennenden Mitglieder (das Prozeßgericht im engeren Sinne, das „erkennende" Gericht). Zweitens diejenigen, welche lediglich (partielle) Beweiserhebungsbefugnis (und Berichterstattungspflicht) besitzen, näm-

---

[44]) Vgl. schon Hegler II, S. 363.

[45]) So z. B. Alsberg, Beweisantrag, S. 143, „daß, wenn einmal wenn einmal die vom Gericht betraute Person den erhaltenen Auftrag ausgeführt hat, alle Voraussetzungen für das Vorliegen eines Zeugenbeweises erfüllt sind."

lich die Richtergehilfen. Diese beiden Arten Mitglieder seien nicht ohne Gegenstück. Man denke an die sog. Beschlußkammer einerseits, das Gericht der Hauptverhandlung anderseits; an die frühere Trennung bei der Würdigung, als die einen die Schuldfrage, die anderen die Straffrage zu entscheiden hatten.

Die Anwendung des Zeugenrechts auf den Richtergehilfen, wie die erstgenannte Auffassung sie wünscht, zeitigt folgende Ergebnisse: Der Untersuchungsrichter, der die Angeklagten seinerzeit verhört hat und gegen das erkennende Gericht eine lebhafte Abneigung hat, genügt seiner Erscheinungspflicht nicht. Darauf wird er in Geldstrafe genommen und muß[46]) schließlich sogar zwangsweise vorgeführt werden. Der Eindruck, den diese Zwangsmittelanwendung gegen eine Gerichtsperson auf die Angeklagten ausübt, bedarf keiner Beschreibung. Gehört die Erscheinungspflicht des Untersuchungsrichters hingegen zu den Amtspflichten als Gehilfe des erkennenden Gerichts, so findet die disziplinarische Bestrafung statt und der sog. Justizskandal wird eingedämmt, wenn auch nicht verhindert. — Liegt der genannte Fall in politisch erregten Zeiten im Bereiche der Möglichkeit, so ist der folgende Fall bereits eine Tatsächlichkeit: Dem Untersuchungsrichter wird durch die vorgesetzte Dienstbehörde die Genehmigung zur Aussage über gewisse, im Protokoll fehlende Punkte nicht erteilt. Bleibt der Untersuchungsrichter hingegen Richtergehilfe auch in der Hauptverhandlung, so ist er zur Aussage als Berichterstatter verpflichtet und die Justizverwaltung ist nicht mehr in der Lage, in ein schwebendes Verfahren einzugreifen[47]). Der Einwand, daß der Untersuchungsrichter nur „unechter" Richtergehilfe ist, schlägt nicht durch. Erstens hätte sich der gleiche Fall auch bei einem „echten" Richtergehilfen z. B. bei dem ersuchten Richter, der doch ohne Zweifel ausschließlich den Interessen des erkennenden Gerichts dienen soll, ereignen können. Zweitens ist das Institut des Untersuchungsrichters mit seinem Eigenzweck, der Beschlußkammer Material zu liefern, doch

---

[46]) Zur Vermeidung weiterer Prozeßverschleppung.

[47]) Vgl. zu diesem Punkte schon Goldschmidt in JW 1929, 2996.

nicht etwa mit einer selbständigen Behörde, wie es z. B. das Reichswehrministerium ist, und mit deren Eigenzwecken an Gewicht zu vergleichen. — Ferner ist, wenn man der ersten Auffassung folgt, der erstinstanzliche Richter in der Lage, seine Verlobte in einem zweifelhaften Falle, nachdem er seine Unbefangenheit kräftig betont und damit Glauben gefunden hat, milde zu verurteilen. In der Berufungsinstanz aber macht er dann über die Protokolle der Hauptverhandlung von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch mit der glaubwürdigen Begründung, dem Z e u g e n gestatte das Gesetz jene Rücksichtnahme auf persönliche Gefühle, die es dem Richter verbiete. Wichtige Vorgänge der ersten Hauptverhandlung, auf die sonst niemand geachtet, fallen aus. Sollte zu diesem und dem Falle von der Vorführung des Untersuchungsrichters der Einwand gemacht werden, sie seien reine Konstruktionen und recht entlegen, so sei die Erwiderung gestattet, daß das Aussageweigerungsverbot für Untersuchungsrichter dem sog. gesunden Menschenverstand ebenfalls solange eine abwegige Gedankenspielerei scheinen konnte — bis es sich ereignete. — Am verhängnisvollsten ist die Anwendung des Zeugenrechts aber auf den sog. „gezogenen" Zeugen. Er ermangelt ja nicht nur i n der Hauptverhandlung, sondern schon bei seiner Tätigkeit a u ß e r h a l b und v o r der Hauptverhandlung jener Beamteneigenschaft mit Treupflicht gegenüber dem e r k e n n e n d e n Gericht, welche jedem Richtergehilfen innewohnt[48]). Die Parteien werden nicht hinzugezogen, es besteht kein Ablehnungsrecht (wenn man nicht, wie H e g l e r und G o l d s c h m i d t es tun[49]), den Zeugenbegriff durchbricht und Vorschriften über den Sachverständigenbeweis anwendet), obwohl der Zeuge „gleichsam mit richterlicher Autorität umkleidet" ist. Und in der Hauptverhandlung s e l b s t hat der gezogene Zeuge ein Aussageweigerungsrecht (z. B. es stellt sich für das Gericht erst später heraus, daß er mit dem Angeklagten verwandt ist. Eine neue Augenscheineinnahme ist wegen Untergang des Gegenstandes unmöglich); ein offenbarer

---

[48]) Vgl. zu dem Folgenden: M a n n h e i m, Festgabe für v. F r a n k, S. 334.

[49]) Rechtsg. II, 279, A. 2; a. a. O., 436, A. 2288.

Widersinn, daß jemand, der ausdrücklich zum Aussagen bestellt ist, ein Weigerungsrecht hat. In Wahrheit ist eine amtsähnliche Treupflicht entstanden. Die Besonderheit des gezogenen Zeugen ist von Hegler[50]), der ihn zum „Quasisachverständigen" macht, erkannt worden. Goldschmidt[51]) hat ihn sogar zum Beweismittel sui generis gemacht. Es ist nur ein weiterer Schritt in dieser Gedankenentwicklung, den gezogenen Zeugen und die anderen Richtergehilfen vom Beweisobjekt zum Beweissubjekt zu machen und nun alle jene Garantien, die im Insitut des erkennenden Richters vorhanden sind, für die Zulässigkeit dieses Beweissubjekts außerhalb und innerhalb der Hauptverhandlung zu fordern: Die Parteien müssen den Richtergehilfen ablehnen können wie irgend ein Mitglied des erkennenden Gerichte. Die Verletzung der Treupflichten muß mit besonderen Strafen bedroht sein. Die Treupflicht besteht vor allem in der Verpflichtung, dem erkennenden Gericht alles ohne Ausnahme zu berichten, ohne durch eigenes Aussageweigerungsrecht oder fremdes Aussageverbot zur unvollständigen Berichterstattung berechtigt zu sein.

4. Es wäre denkbar, daß eine Person A, die vor Gericht geladen ist, um ihre Wahrnehmungen zu berichten, eine Person B damit beauftragt, ihre Aussage dem Gericht zu übermitteln; daß dieser Beauftragte — ein Kleinkind, sprachunkundiger Ausländer, Schwachsinniger, des Sinnes eines Fachberichts mit Fremdwörtern unvertrauter Laie, u. dgl. — die Aussage auswendig lernen mußte. Wird dieser B vom Gericht als Beauftragter des A und als rein mechanisches Reproduktionsmittel vernommen, dann ist der Begriff des „Botenzeugen", des „redenden Briefes", gegeben.

a) Der Botenzeuge unterscheidet sich vom ZH dadurch, daß er als mechanisches Reproduktionsmittel vom Gericht vernommen wird, d. h. man verlangt von ihm nur Leistungen des sog. mechanischen Gedächtnisses. Der ZH hingegen wird wie jeder sonstige Aeußerungsempfänger (z. B. Res gestae-Zeuge) vom Gericht vorwiegend zu Leistungen des sog. Bedeutungs-

---

[50]) Arch. Ziv. Prax. 104, 260 ff.
[51]) a. a. O. 435 i. d. A.

gedächtnisses herangezogen: er darf die Worte des Aeußernden „dem Sinne nach" wiedergeben, er soll sich besinnen, „ in welchem Zusammenhang" sie gebraucht wurden, wie sie „gemeint" waren (ironisch, scherzhaft, drohend etc.) u. dgl. Der bloße Umstand, daß das Gericht den B „als Beauftragten" des A vernimmt, für sich allein, genügt nicht, den B. zum Botenzeugen zu machen; er bleibt ZH.

Botenzeuge und ZH gehören ganz verschiedenen systematischen Zusammenhängen an. Der Botenzeuge gehört in das Kapitel von den „Formen der Benutzung eines Beweismittels": Der A äußert sich mündlich; das Gericht „vernimmt ihn". Der A schreibt dem Gericht; das Gericht „verliest die schriftliche Aeußerung". Der A schickt dem Gericht den Botenzeugen B; das Gericht vernimmt für A den B". — — Der ZH gehört dagegen in das Kapitel von den verschiedenen „Arten und Unterarten der Beweismittel". Während sich bei den „Benutzungsformen eines Beweismittels" der A stets dem Gericht gegenüber äußerte — nur dreimal in verschiedener Weise — kommt es jetzt darauf an, a) ob sich A dem Gericht oder dem B gegenüber äußert[52]), also auf den Adressaten der Erklärungen des A. b) ob sich der A oder der B dem Gericht gegenüber äußert, also auf den Adressenten der gegenüber dem Gericht abgegebenen Erklärungen. Es ergibt sich dann folgendes Bild:

Die von A gegenüber dem Gericht — gleichviel in welcher Form[53]) — abgegebene Erklärung über seine Wahrnehmungen ist „Zeugnis". Die von A schriftlich gegenüber dem B abgegebene Erklärung ist „Urkunde"[54]); die von A mündlich gegenüber dem B abgegebene Erklärung ist überhaupt

---

[52]) Insofern ist der Unterschied zwischen Botenzeugen und ZH ein Gegenstück zu dem schon von Hegler erarbeiteten Unterschied zwischen „schriftlichem Zeugnis" und „Urkunde", vgl. sofort.

[53]) Zur schriftlichen Zeugenaussage, vgl. Hegler, Rechtsgang I, 196, 385/386.

[54]) Vgl. Hegler, a. a. O., II. 350/351.

kein Beweis m i t t e l [55]), sondern eine Beweis t a t s a c h e. Die von B gegenüber dem G e r i c h t abgegebene Erklärung über diese Beweistatsache ist „Zeugnis vom Hörensagen".

Der Unterschied zwischen Benutzungsformen eines Beweismittels und v e r s c h i e d e n e n (selbständigen) Beweismitteln, und insbesondere zwischen Botenzeugen und ZH[56]) wird bei der Auslegung des § 250 StPO. eine Rolle spielen.

b) Der Botenzeuge unterscheidet sich ferner vom „Richtergehilfen", insbesondere von den unter diesen Oberbegriff u. a. fallenden „Quasisachverständigen", „beauftragten" oder „gezogenen" Zeugen[57]). Diese sind vom G e r i c h t beauftragt, Wahrnehmungen zu machen und dem Gericht mitzuteilen, und stehen im Gegensatz zum Zufallszeugen[58]). Der Botenzeuge B hingegen ist von A, also von einem Dritten, beauftragt, dessen eigene Aeußerung in Empfang zu nehmen und dem Gericht mitzuteilen. Vom Standpunkt des Gerichts betrachtet ist der Botenzeuge ein Zufallszeuge. Genauer gesagt — da jede Definition einer vernommenen Person nach dem Vernehmungs z w e c k des Gerichts vorzunehmen ist —: Das Gericht vernimmt in dem gezogenen Zeugen seinen e i g e n e n Beauftragten; dieser hat dem Gericht als seinem Auftraggeber in der Vernehmung über die Ausführung des Auftrages Bericht zu erstatten. Das Gericht vernimmt hingegen in dem Botenzeugen einen f r e m d e n Beauftragten. Dieser führt in der Vernehmung den Auftrag eines Dritten gegenüber dem Gericht als dem Adressaten aus.

c) Nicht jeder „Bote", der mit einer Aussage zu Gericht geschickt wird, ist „Botenzeuge". Das mag an einem Motiv aus einer von Herodot[59]) erzählten Geschichte gezeigt werden: Histiäus schickt zu Aristagoras einen Sklaven, auf dessen Kopf die Aufforderung zum Abfall vom Perserkönig eingeritzt ist.

---

[55]) Zutreffend W. M i t t e r m a i e r, „Justiz", Okt. 1929, S. 21, (verb. „Prozessual ist der Dritte nie Zeuge") gegen H ü f n e r, LZ 1929, S. 758.

[56]) Wohl verwischt bei v. K r i e s, Unmittelbarkeit, S. 107.

[57]) Vgl. für diese neuerdings mit Literaturangaben M a n n h e i m, Festgabe für F r a n k, S. 331/332.

[58]) M a n n h e i m, a. a. O., 333 mit Literatur.

[59]) Buch V, 35.

Man nehme einmal an, Histiäus hätte wegen Erkrankung vor einem persischen Gericht nicht erscheinen können und hätte daher den Sklaven mit der eingeritzten Aussage hingesandt, um auf diese originelle Weise seiner Aussagepflicht zu genügen. Der Sklave mag im außerjuristischen Sinne „Bote" sein, im Rechtssinne ist er zufälliges corpus einer schriftlichen Erklärung des Zeugen Histiäus, aber nicht Botenzeuge[60]). Denn er reproduziert „physisch-mechanisch". Der Botenzeuge dagegen „psychisch-mechanisch".

5. Der Aeußerungsempfänger begnügt sich bei seiner Vernehmung vor Gericht häufig nicht damit, die fremde wahrnehmungsbehauptende Aeußerung und seine an dem Aeußernden gemachten Wahrnehmungen zu berichten. Vielmehr vollzieht er nicht selten — vom Richter meist deshalb getadelt — eine Reihe von Tätigkeiten, die bereits zu dem Rechtsprechungsgeschäft des Richters gehören. Er zieht aus den von ihm bekundeten Wahrnehmungen Schlußfolgerungen, ordnet sie Erfahrungssätzen unter. So kommt der Aeußerungsempfänger zu Urteilen: „Der A ist von B ermordet worden". „ Der X ist ein Lügner." „Der Y ist unverträglich.". „L verdient viel Geld und gibt noch mehr aus." Besteht der Zweck der Vernehmung des Aeußerungsempfängers darin, von ihm derartige Urteile zu hören, so ist er sog. „Urteiler". Der Urteiler ist nicht etwa eine Person, die nach der Absicht des Gerichts in der Vernehmung eine bloße Behauptung aufstellen soll. Was sich nach außen als Behauptung darstellt, soll nach dem Willen des Gerichts tatsächlich das Ergebnis von Ueberlegungen sein, welche an Wahrnehmungen geknüpft worden sind. Ebensowenig ist der Urteiler dazu bestimmt, seinen persönlichen Abneigungen und Zuneigungen beim Ausspruch von Urteilen Ausdruck zu verleihen. Seine Aussage, „der X ist ein Lügner", soll das Ergebnis einer Sammlung von Einzelwahrnehmungen sein.

Aber: damit der Begriff des „Urteilers" erfüllt ist und sich klar von den sonstigen Funktionen der Aussageperson unterscheidet, muß dem Gericht als Zweck der Vernehmung die An-

---

[60]) Vgl. Alsberg, Beweisantrag, S. 140: „Wer nur sein Aeußeres der Betrachtung des Gerichts darbietet, ist nicht Zeuge."

hörung des Urteils wesentlich sein, die Anhörung der Ueberlegungen und Einzelwahrnehmungen dagegen von unwesentlicher oder zweitrangiger Bedeutung. Der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist der Begriff des Urteilers seit langem bekannt. RGSt. 39, 363 unterscheidet, ob eine Aussageperson nur bekunden soll, daß die Angeklagten „friedfertige Leute" sind oder ob sie ihre „einen Schluß auf die Charaktereigenschaft ermöglichenden Wahrnehmungen dem Gericht darlegen" soll. RGSt. in JW. 1922, S. 1034, Nr. 42 führt aus: Es handelte sich also um ein Urteil, das die Zeugin abgeben sollte. RGSt. 57, 412 unterscheidet: „ob die Beurteilung des Sinneseindrucks . . . . als nebensächlich hinter der sinnlichen Wahrnehmung verschwindet, . . . oder ob das . . . nicht der Fall ist".

Als Urteiler kommt vor allem ein Personenkreis in Betracht. Der größte, die sog. öffentliche Meinung — man beachte das in dem Worte „Meinung" liegende Urteilerprädikat — ist bereits von Kraus in den „Prolegomena zum Begriff der öffentlichen Meinung" — Festschrift für v. Liszt (1911), S. 148 ff., insbes. S. 164, 166 — beschrieben worden. Urteiler ist aber auch jeder engere Personenkreis, z. B. die Einwohnerschaft eines Gebäudes, welcher als Subjekt des Leumunds (im Sinne von „Ruf", „reputation") auftritt, wenn er befragt wird, ob er dem Angeklagten die Tat „zutraue", oder ob er ihn für leichtsinnig „halte", etc. — Eine Einzelperson, welche — gleichgültig, ob an sich Mitglied des Personenkreises oder nicht — vom Gericht dem Personenkreis begrifflich gegenübergestellt und über das „Gerede" des Personenkreises, z. B. den Leumund, den der Kreis dem Angeklagten erteile, befragt wird, ist „Urteiler vom Hörensagen". Vgl. hierzu betr. den sog. evidence of character, Kenny, Outlines, S. 397 f., und insbesondere S. 398: „The witness, therefore, is not to say, what A, B or C told him . . . ., but what is the general opinion concerning him (sc. den Angeklagten)." — Vgl. außerdem betr. „la preuve par commune renommée," Garraud, S. 11. — Wer vernommen wird über die „disposition" (Kenny, 398) des Angeklagten, d. h. über die Eigenschaften, die dieser besitzt, ist (gewöhnlicher) Zeuge, da das Gericht den Wahrnehmungen, die dem Werturteil zugrunde liegen, vor dem letzteren

den Vorzug gibt. — Vgl. für die genannten Arten der Leumundszeugen Alsberg, Beweisantrag S. 167 f., S. 169. Doch ist zu beachten, daß die Haltung des Gerichts gegenüber einem Beweisantrag betr. Beweis mit Leumundzeugen eine verschiedene ist von der Haltung gegenüber dem Leumundszeugen in der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung: die Anforderungen an die Substantierung des Beweisantrages sind andere — und zwar mildere —, als diejenigen, welche an den Zeugen in der Vernehmung selbst für die Substantiierung seiner Urteile (z. B. der Angeklagte ist ein „glaubwürdiger Mensch") gestellt werden müssen.

Wann speziell der Aeußerungsempfänger „Urteiler" ist, richtet sich ganz nach den vorliegenden Umständen. Der häufigste Fall ist der, daß der vernommene Polizeibeamte den Namen des Spitzels, der ihm Wahrnehmungen berichtet hat, nicht nennt. Ein solcher Beamter ist zwar einerseits ZH, nämlich insofern er die außergerichtliche Aeußerung des Dritten wiedergibt. Andererseits liegt dem Gericht aber nichts oder wenig an einer Beschreibung der eigenen Wahrnehmungen, die der Beamte als „Gewährzeuge" in der Besorgnis, den Spitzel zu verraten, über dessen Gesichtsausdruck, Charaktereigenschaften, soziale Stellung, Beziehungen zum Angeklagten nur in allgemeinen Redensarten, also zu farblos und zu wenig individualisierend geben wird. Wenn das Gericht die Glaubwürdigkeit des Spitzels erfahren will, treten für seine Beurteilung die dürftigen Bekundungen des Beamten über dessen Wahrnehmungen an Wichtigkeit zurück hinter dem Ergebnis, dem Schlußurteil, zu welchem der Beamte gelangt ist: „Mein Gewährsmann ist glaubwürdig". Der „Urteiler" ist nämlich eine Person, die vom Gericht vernommen wird, um ihre partielle Rechtsprechungstätigkeit — sie vollzieht einen Teil der Beweiswürdigung — zu berichten.

Die Frage, ob der „Urteiler" Beweismittelqualität besitzt, und ob und inwiefern er „Zeuge" ist, läßt sich folgendermaßen beantworten.

Der Urteiler ist kein Beweismittel im materiellen

Sinne[61]). Eine bloße Versicherung, der Gewährsmann sei „völlig einwandfrei"[62]), beweist noch nicht, daß er es ist, bedarf vielmehr selbst der beweisenden Begründung[63]). Ohne eine solche ist und bleibt sie, ihrem Erkenntniswert für das Beweisthema nach beurteilt, eine Behauptung, von der man mit Worten des Reichsgerichts[64]) sagen darf, sie müsse, falls nur „in dieser Allgemeinheit aufgestellt, als ein leeres Urteil bezeichnet werden, das nicht durch Zeugenbeweis bewahrheitet werden könne".

Dagegen kann der Urteiler Beweismittel im formellen Sinne sein; denn zu diesen gehört jede Person oder Sache, die von der Rechtsordnung zum Beweismittel erklärt wird[65]). Ein historisches Beispiel für Urteiler als formelle Beweismittel ist der Eideshelfer des altdeutschen Rechts. Angemerkt sei, daß die Beurteilung eines „Urteilers", der nicht Beweismittel im formellen Sinne ist, durch den Richter nicht unter den Begriff der „Beweis"-würdigung fällt, da Objekte derselben nur Beweismittel und Beweistatsachen sein können.

---

[61]) Ueber den Unterschied von Beweismitteln im materiellen und im formellen Sinne, vgl. Florian, Principî, S. 258.

[62]) RG GoltdA. 72, 345.

[63]) Ueber eine solche — verfehlte — aus den Qualitäten des Urteilers, vgl. Teil II.

[64]) RGSt. 27, 97.

[65]) Vgl. betr. Sachverständige Stein, Grundriß S. 243: „Wenn die ZPO sie unter die Beweismittel stellt, so . . . bindet dies als Gesetzesbefehl". Formale Definition des Beweismittels auch bei C. I. A. Mittermaier, Beweis S. 136 (verb. „Als Beweismittel im **gesetzlichen** Sinne").

II. Teil:

Die Beweiswürdigung und das Zeugnis vom Hörensagen.

1. Die Würdigung des Zeugnisses vom Hörensagen vollzieht sich in zwei Abschnitten[1]): die „feststellende" Würdigung (2) beantwortet die sog. Feststellungsfrage, ob eine außergerichtliche, wahrnehmungsbehauptende Aeußerung überhaupt erfolgt ist und welchen Inhalt sie hat. Das Ergebnis der „feststellenden" Würdigung wird im „feststellenden Urteil" niedergelegt, welches ein positives oder negatives ist, je nachdem es die Feststellungsfrage bejaht oder verneint. — Im Falle eines positiven feststellenden Urteils tritt das Gericht in den zweiten Abschnitt, in die eigentliche Beweis-Würdigung (3). Diese beantwortet die sog. Beweisfrage, ob der festgestellten außergerichtlichen, wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung in der Wirklichkeit eine Wahrnehmung entspricht. Das Ergebnis der Beweiswürdigung wird im „Würdigungsurteil" niedergelegt, welches ein positives oder negatives ist, je nachdem es die Beweisfrage bejaht oder verneint. — Ist die in der Aeußerung behauptete Wahrnehmung nur Indiz, so tritt das Gericht im Falle eines positiven Würdigungsurteils in die Indizienwürdigung ein. Diese beantwortet endlich das thema probandum.

2. Die feststellende Würdigung.

Ia) Die Beantwortung der oben aufgeworfenen Feststellungsfrage im Wege des sog. Feststellungsurteils kann im Wortlaut des Erkenntnisses nicht durch den bloßen Satz geschehen: „Das

---

[1]) Zum Beweise der Notwendigkeit, auch im heutigen Prozesse das Würdigungsverfahren nach **logischen** Abschnitten abzugrenzen, um nicht, veranlaßt durch logische Sprünge, in der Urteilsbegründung **Lücken** zu lassen, vgl. Jastrow, Der angeklagte Staatsanwalt, S. 182.

Gericht erachtet für festgestellt, daß X dem Y mitgeteilt hat, er habe den Angeklagten mit einem Beil den L erschlagen sehen". Noch weniger statthaft[2]) ist der sofortige Uebergang vom Feststellungsabschnitt in den Abschnitt der eigentlichen Beweiswürdigung unter Benutzung des eben genannten Feststellungsergebnisses: „Das Gericht ist auf Grund der (festgestellten) Mitteilung des X an den vernommenen Y zu der Ueberzeugung gelangt, daß der Angeklagte den L mit einem Beil erschlagen hat". Vielmehr ist — ganz besonders in den Fällen, in welchen eine größere Feststellungstätigkeit stattgefunden hat, mit vielen Unklarheiten und Zweifelsfragen im Gefolge — die Angabe der Gründe zu verlangen, welche das Gericht gerade zu diesem Feststellungsergebnis gebracht haben[3]).

b) Ein häufig angegebener Grund ist die Glaubwürdigkeit (bezw. Unglaubwürdigkeit) des Aeußerungsempfängers; und zwar ist „Glaubwürdigkeit" im Rechtssinne die Zuverlässigkeit im Einzelfall[4]). Sie kann auf den verschiedensten „Glaubwürdigkeitsmomenten beruhen: auf den beobachteten Eigenschaften und Fähigkeiten (sog. „Glaubwürdigkeit" im charakterologischen Sinne), z. B. Wahrheitsliebe, zuverlässiges Gedächtnis; auf der Tatsache, daß sich der Aeußerungsempfänger bei seinen Angaben in Widersprüche verwickelt hat; auf Verhaltungsweisen des Aeußerungsempfängers außerhalb oder innerhalb der Hauptverhandlung, auf dem persönlichen Eindruck, den das Gericht von ihm erhalten hat und dgl. Die Frage, wann sich das Gericht im Wortlaut des Erkenntnisses mit dem Satze begnügen darf, das Erfolgtsein der Aeußerung sei durch die glaubwürdige Aeußerung des Aeußerungsempfängers festgestellt, wann es die einzelnen Glaubwürdigkeitsmomente nennen muß, wann es dieselben sogar im einzelnen substantiieren muß, läßt sich nicht allgemein beantworten. Das Gericht wird sich mit dem allgemeinen Hinweis auf die Glaubwürdigkeit des Aeußerungsempfängers begnügen dürfen, wenn a) nur die typischen Momente zu be-

---

[2]) Vgl. zu diesem Abschnitt: Jastrow, S. 138 f., insbes. S. 139.
[3]) Alsberg, Justizirrtum, S. 27.
[4]) d. h. in **diesem** Prozeß gelegentlich **dieser** Aussage.

wenn er von Glaubwürdigkeit hört. b) Wenn es sich nur um richten sind, an die der Leser des Urteils schon selbst denkt, positive Momente handelt, m. a. W. die Glaubwürdigkeit nicht zweifelhaft war. — Diese Erleichterung gilt aber lediglich für den Bericht über die Glaubwürdigkeit der Aussage des Aeußerungsempfängers (!!). Daß und weshalb sie nicht für den Bericht über die Glaubwürdigkeit der außergerichtlichen Aussage des Aeußernden gelten kann, vgl. unten, Nr. 3 unter I.

Jedenfalls hat der Richter für den Fall, daß die Glaubwürdigkeit zweifelhaft ist, weil sich „positive" und „negative" Momente (d. h. die Glaubwürdigkeit bejahende und verneinende) gegenüberstehen, unter Kennzeichnung der Zweifelhaftigkeit alle Glaubwürdigkeitsmomente anzugeben und klar zu sagen, auf welche er sein Glaubwürdigkeitsattest stützt[5]). Von der Substantiierung des einzelnen Moments recht häufig Gebrauch zu machen, gebieten zwei Gründe; der rechtspolitische: Das Urteil soll keine Offenbarung im religiösen Sinne und kein bloßer Befehl einer Behörde sein, sondern vielmehr durch rationale Gründe überzeugen bezw. zur Kritik anregen; der prozessuale: unsubstantiierte Momente versperren der nächsten Instanz die Ueberprüfungsmöglichkeit.

IIa) Denjenigen Glaubwürdigkeitsmomenten, die im konkreten Fall die stärkeren sind, ist der Vorzug zu geben; daher fällt das Glaubwürdigkeitsattest und das Feststellungsurteil von Fall zu Fall ganz verschieden aus. In einem Fall wird das Urteil positiv, weil dem Aeußerungsempfänger, einem hoch angesehenen öffentlichen Funktionär, in seiner gerichtlichen Aussage keine Widersprüche nachzuweisen sind. In einem anderen Falle wird einem Privatmann, dessen Angaben über den Empfang einer außergerichtlichen wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung noch durch einen zweiten Aeußerungsempfänger bestätigt werden, mehr geglaubt als der offiziellen Persönlichkeit, die mit dem Angeklagten verwandt ist und den Privatmann als Feind des Angeklagten bezeichnet. Die soeben geschilderte Möglichkeit, die Glaubwürdigkeitsmomente des konkreten

---

[5]) So schon Jastrow, a. a. O., S. 179 mit Anm. 8.

Falles zu beachten, bildet den positiven[6]) Inhalt des Begriffs der „Freiheit" der feststellenden Würdigung. Das ist zu betonen, weil andere Begriffsbestimmungen der „Freiheit" irreführen und unrichtig sind.

b) Der Richter kann das Urteil, daß der Aeußerungsempfänger glaubwürdig, eine außergerichtliche Aeußerung also tatsächlich abgegeben worden ist, nur dann unter Beachtung aller Glaubwürdigkeitsmomente des Einzelfalles fällen, wenn der Gesetzgeber nicht einem oder mehreren Glaubwürdigkeitsmomenten die Kraft beigelegt hat, automatisch den Aeußerungsempfänger zu einem glaubwürdigen bezw. unglaubwürdigen zu machen und so das tatsächliche Erfolgtsein der außergerichtlichen wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung zu beweisen. Das Fehlen derartiger „Regeln" ist der negative[7]) Inhalt des Begriffs der „Freiheit" der feststellenden Würdigung.

Ein Beispiel für eine durch Regeln „gebundene" Beweiswürdigung sei dem französischen Strafprozeßrecht entnommen. Gewisse[8]) Protokolle, welche von Polizeibeamten über Erklärungen Dritter aufgenommen worden sind, beweisen „mit der Kraft eines absoluten gesetzlichen Beweises"[9]) wegen eines bestimmten Glaubwürdigkeitsmoments, nämlich der Beamteneigenschaft[10]) des Aeußerungsempfängers, die Abgabe der außergerichtlichen Erklärung.

3. Die Würdigung der festgestellten Aeußerung (eigentliche Beweiswürdigung).

I. Die Feststellung der fremden außergerichtlichen wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung ist nicht Endzweck der Heranziehung des ZH. Es erhebt sich nunmehr die sog.

---

[6]) Der Richter ist „frei **worin**"; über den negativen: „frei **wovon**" vgl. unter b).

[7]) An diesen wird meist gedacht (vgl. die Zitate bei Hegler, Rechtsgang II, S. 306, Anm. 2), u. a. auch von Heinsheimer, S. 133.

[8]) Garraud, Traité, Bd. II, S. 173 f. betr. Forst-, Feld-, Fischpolizei; dagegen vgl. S. 145 f. betr. die „crimes et délits de droit commun".

[9]) Garraud, a. a. O., S. 178.

[10]) Garraud, a. a. O., S. 177, Nr. 3.

Beweisfrage: Beweist die Abgabe der wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung, daß der Aeußernde die Wahrnehmung gemacht hat? Die Beantwortung kann im Wortlaut des Erkenntnisses nicht durch das bloße Würdigungsurteil erfolgen: Auf Grund der Aeußerung des H, er habe den Angeklagten in das Haus des L eindringen sehen, gegenüber dem in der Hauptverhandlung vernommenen Y erachtet das Gericht das Einsteigen des Angeklagten für erwiesen. Eine derartige Mitteilung des Würdigungsergebnisses allein genügt nicht. Das Gericht muß vielmehr noch die Gründe angeben, durch die es bestimmt worden ist, die Aeußerung des H für richtig zu halten.

a) Ein naheliegender Grund, die außergerichtliche Aeußerung für richtig oder für unrichtig zu halten, ist die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit des Aeußernden. Sie kann auf den verschiedensten Glaubwürdigkeitsmomenten beruhen, welche dem Gericht[11]) vom Aeußerungsempfänger — in dessen Eigenschaft als „Gewährzeuge", nicht als eigentlicher ZH, — überliefert werden: so jene Beobachtungen, die über den Charakter, das Gedächtnis, die Auffassungsfähigkeit etc. des Aeußernden Aufschluß geben, so der persönliche Eindruck, den der Aeußerungsempfänger von dem Aeußernden bei dem Empfang der Erklärung erhalten hat; so die Widersprüche und Unklarheiten, die der Aeußernde dem Empfänger nicht befriedigend auf dessen Fragen aufklären konnte; so die freundlichen oder feindlichen, verwandtschaftlichen oder beruflichen Beziehungen des Aeußernden zum Angeklagten.

b) Im Gegensatz zu dem früher geschilderten Feststellungsverfahren, in welchem sich das Gericht, falls die typischen positiven Glaubwürdigkeitsmomente vorlagen, mit dem Satze begnügen durfte, das Erfolgtsein der Aeußerung sei durch die glaubwürdige Aussage des Aeußerungsempfängers festgestellt, — — kann sich das Gericht im eigentlichen Würdigungsverfahren nur selten mit jenem anderen Satze begnügen, die Wahrnehmung des Aeußernden sei durch seine glaubwürdige außergerichtliche Erklärung erwiesen. Es

---

[11]) wenn es so will.

müßte schon sein, daß der Aeußernde als eine im öffentlichen Leben stehende Persönlichkeit, z. B. als ein bekannter Staatsmann oder Dichter, jedermann in Hinsicht auf seinen Charakter seinen Ruf, sein Privatleben, seine Beziehungen zum Angeklagten und dgl. mehr, so vertraut ist, daß es der Nennung der üblichen Glaubwürdigkeitsmomente nicht bedarf, vielmehr die bloße Nennung des Namens der Persönlichkeit schon genügt, um im Leser des Urteils die geläufigen Vorstellungen von den Qualitäten des Aeußernden wachzurufen. Im Regelfalle dagegen muß der Richter ausdrücklich sagen, auf Grund welcher Momente er zur Ausstellung des Glaubwürdigkeitsattestes für den Aeußernden gelangt ist; und zwar im Gegensatz zur feststellenden Würdigung auch dann, wenn nur die typischen Momente (Unbefangenheit des Auftretens, freier Blick, sichere Beantwortung von Fragen etc.) zu berichten sind, an welche der Leser des Erkenntnisses an sich schon denkt, wenn allgemein von „glaubwürdiger" Aussage die Rede ist. Also der Richter muß zeigen, daß ihm diese Momente, sei es durch Vermittlung des Aeußerungsempfängers, sei es auf sonstige Weise (z. B. durch eine Photographie, welche der Empfänger unbemerkt, während der Aeußernde sich erklärte, aufgenommen hat), im einzelnen genau bekannt sind. Warum dem Richter diese größere Verpflichtung aufzuerlegen ist, hat einen ganz eigentümlichen Grund: Das Erkenntnis soll deutlich machen, daß es wirklich der erkennende Richter war, der die außergerichtliche Aeußerung gewürdigt hat, nicht etwa — der Aeußerungsempfänger! Die Verpflichtung des Richters, selbst zu würdigen, beruht auf einem Grundsatz, der nunmehr zu behandeln ist.

II. An sich kommen zwei Personen in Betracht, die wahrnehmungsbehauptende Erklärung, die der Aeußernde, fern von der Hauptverhandlung, abgegeben hat, der Beweiswürdigung zu unterwerfen und dabei insbesondere sich über die Glaubwürdigkeit des Aeußernden schlüssig zu werden. Einmal der Aeußerungsempfänger: Er hat den Aeußernden entweder bei der Entgegennahme der Aeußerung unmittelbar vor Augen gehabt, — freilich nicht bei schriftlicher Erklärung —, oder wird ihn regelmäßig sonstwie persönlich kennen — freilich nicht im Falle der

anonymen Anzeige —. In der Tat fordert neuerdings Gorphe[12]), einen bestimmten Aeußerungsempfänger, nämlich den Untersuchungsrichter, an der erkennenden Tätigkeit des Richters teilnehmen zu lassen, „car il a été ou a dû être à même, au cours de l'information, d' apprécier suffisamment les témoignages" — — Zweitens das „erkennende" Gericht: Es ist vom Gesetzgeber als ein besonderes, der Rechtsprechungstätigkeit gewidmetes, Institut eingesetzt worden und erhebt schon aus diesem formalen Grunde Anspruch darauf, auch die außergerichtliche, vom Aeußerungsempfänger in der Hauptverhandlung reproduzierte, Aeußerung eines Dritten würdigen zu dürfen!

a) Die Wahl[13]) wird zugunsten des erkennenden Gerichts ausfallen müssen. Ist der Aeußerungsempfänger selbst Richter (z. B. Untersuchungsrichter, ersuchter Richter), so spricht für die Uebertragung der Würdigung auf den erkennenden Richter seine umfassendere Kenntnis der für den Prozeß in Betracht kommenden Umstände[14]), — im Vergleich zum ersuchten Richter —, und die geringere Gefahr einseitiger Würdigung, — im Vergleich zum Untersuchungsrichter[15]). Ist der Aeußerungsempfänger selbst nicht Richter (sondern entweder zufälliger ZH oder „gezogener"), so spricht für die Uebertragung der Würdigung auf den erkennenden Richter die — regelmäßig vorhandene, aber auch vom Gesetzgeber als vorhanden unterstellte — umfassendere Rechts- und Lebenskenntnis des erkennenden Richters. Diese Ueberlegungen führen zu dem Grundsatz der Richterlichkeit der Beweiswürdigung, welcher besagt: Die Richter der Hauptverhandlung, und keine anderen Personen, sind berechtigt und verpflichtet, die dem Aeußerungsempfänger gegenüber abgegebene Erklärung zu würdigen. Eine Delegierung

---

[12]) La critique, S. 424.

[13]) Vgl. Hegler, Rechtsg. II, 382 u. Anm. 3. Das Problem ist nur eine Erweiterung jenes bekannten Problems, ob der erkennende Richter Teile fremder richterlicher Erkenntnisse in sein Urteil übernehmen darf und insoweit auf eigene Würdigung überhaupt verzichten kann.

[14]) Hegler, Rechtsgang I, 218 f; II, 273.

[15]) Vgl. Hellwig, Psychologie, S. 229, 183, 43.

[16]) Vgl. Teil I, Kap. 2.

der Würdigung ist ausgeschlossen; insbesondere ist dem erkennenden Gericht verboten, Aeußerungsempfänger zur bloßen Abgabe von Urteilen — sog. „Urteiler"[16]) — zu vernehmen und das Glaubwürdigkeitsattest, das diese ihrem Gewährsmann ausstellen, nachzusprechen. Es darf die Aeußerungsempfänger nur als eigentliche ZH und als „Gewährzeugen" vernehmen und hat dann die von den Aeußerungsempfängern gemachten Wahrnehmungen selbst zu würdigen. Unzulässige Urteilerbenutzung liegt, wie schon oben betont, vor allem dann vor, wenn ein Polizeibeamter sich weigert, über die Persönlichkeit seines Gewährsmannes Angaben zu machen, und das Gericht sich mit der Versicherung des Beamten begnügt, der Spitzel sei „ein glaubwürdiger Mensch", und die außergerichtliche Aeußerung des Spitzels im Erkenntnis verwertet.

b) Es fragt sich, ob der Richter den Vorwurf, den Grundsatz der Richterlichkeit durch Urteilerbenutzung verletzt zu haben, nicht etwa durch folgende Methode umgehen kann: Er stellt auf Grund eigener Beobachtungen fest, daß der „Urteiler" die Fähigkeiten zur Würdigung der Glaubwürdigkeit von Aeußernden besitze, z. B. Menschenkenntnis, unbefangenes und nüchternes Urteil u. dgl.. Diese Fähigkeiten seien, so meint er, ein Indiz dafür, daß ihr Träger auch in dem hier in Frage stehenden Falle seinen (ungenannten) Spitzel sachgemäß auf seine Glaubwürdigkeit geprüft habe. Also sei der Aeußernde und die außergerichtliche Aeußerung auf Grund der Versicherung des Urteilers, der Außernde sei „einwandfrei", für glaubwürdig zu halten. So mochte auch ungefähr der Gedankengang des Reichsgerichts in einem noch unten eingehend zu behandelnden Erkenntnis (RG GoltdA 72, 345) sein, als es die Urteilsbegründung des Vorderrichters für ordnungsmäßig erklärte. Der Letztere hatte, als ihm Zollbeamte versicherten, ihre ungenannten Gewährsmänner seien „völlig einwandfrei", die außergerichtliche Aeußerung und die Aeußernden für glaubwürdig erklärt: auf Grund der Versicherung der ihm „als pflichttreue und zuverlässige Beamte bekannten" Zeugen!

Gegen diesen sog. Indizienbeweis als solchen kann insofern nichts eingewendet werden, als es schließlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen ist, welche Kraft es

einem Indiz beilegen will. Daher soll hier der Einwand unterlassen werden, daß die Deduktion von dem gewöhnlichen objektiven Verhalten eines Menschen auf das objektive Verhalten in einem bestimmten Fall recht fragwürdig ist.

Dagegen ist zu zeigen, welche Wirkungen der Zusammenstoß von Richterlichkeitsprinzip und diesem Indizienbeweis zeitigt:

Im gewöhnlichen Verfahren sind zwei Arten von Garantien zu unterscheiden, welche der Gesetzgeber für die richterliche Beweiswürdigung gewährt. Zu 1) hat der Gesetzgeber bestimmt, daß ganz bestimmte Personen, die wegen ihrer Vorbildung und ganzen amtlichen Stellung eine Gewähr für eine gute Durchführung der Beweiswürdigung bieten, nämlich die Richter des erkennenden Gerichts mit der Beweiswürdigung betraut werden. Zu 2) pflegt der Gesetzgeber die gute Durchführung der Beweiswürdigung dadurch sicherzustellen, daß er eine zweite Instanz gibt, die die Würdigung noch einmal vornimmt oder auch die Würdigung der früheren nachprüft, und jedenfalls nicht nur den Tenor, sondern auch die Gründe des Vordergerichts zu Gesicht bekommt.

Diese scheinbar ganz von der vorliegenden Frage abgelegenen Ausführungen beleuchten tatsächlich aufs schärfste das Verhältnis der Tätigkeit des Gerichts (Prüfung der Eignung des Urteilers) zur Tätigkeit des Urteilers (Prüfung der Glaubwürdigkeit des Aeußernden und der außergerichtlichen Aeußerung). Es ergibt sich nunmehr folgendes Bild:

Jener sog. Indizienbeweis des Gerichts — der Schluß von der Eignung des Urteilers auf gute Würdigung im Einzelfall — vertrat mutatis mutandis die sonst vom Gesetzgeber zugunsten bestimmter Personen, der Richter nämlich, aufgestellte Vermutung, daß sie auf Grund der allgemeinen Eignung auch im besonderen Einzelfall richtig würdigen würden. Wie aber steht es mit der Ueberprüfung der Entscheidung des Urteilers durch den Richter, die doch in diesem Falle noch viel notwendiger wäre, als die Ueberprüfung einer im ordnungsmäßigen Verfahren ergangenen Entscheidung? Sie ist nicht möglich, weil der Richter die Vertrauensperson bezw. in sonstigen Fällen die Ueberlegungen des Urteilers nicht kennt, wel-

che diesen zu gerade dieser Entscheidung brachten. Ergebnis: durch argumentum a maiore ad minus ist zu schließen: Wenn der Gesetzgeber schon beim Richter im ordentlichen Verfahren die sog. Eignungsgarantie nicht genügen läßt, sondern noch die Ueberprüfungsgarantie vorsieht, um wieviel weniger wollte er letztere bei dem viel fragwürdigeren Urteiler nissen! Also genügte der oben genannte Indizienbeweis nicht, um den Grundsatz der Richterlichkeit zu umgehen. Dieser verlangt vom Richter Würdigung von Beweisen, nicht Würdigung von bloßen Urteilern.

c) Für die Feststellung, ob der Grundsatz der Richterlichkeit gewahrt oder verletzt ist, ist der Wortlaut des Erkenntnisses maßgebend[17]); es kann nicht in Betracht kommen, ob der Richter de facto eine eigene Würdigung vorgenommen hat oder nicht, da sich der Beweis der wirklichen Vorgänge in der Seele des Richters kaum eindeutig führen läßt.

Führt der Richter in seinem Erkenntnis das Würdigungsurteil eines Aeußerungsempfängers über die Glaubwürdigkeit des Aeußernden an, ferner die Glaubwürdigkeitsmomente, welche den Aeußerungsempfänger zu seinem Attest gebracht haben, und zwar als fremde Ueberlegungen, und stützt der Richter das Erkenntnis auf diese Fremdwürdigung und unterläßt eine eigene Stellungnahme, so ist doch noch nicht ohne weiteres kritiklose Uebernahme des Werturteils und Verletzung des Grundsatzes der Richterlichkeit der Beweiswürdigung anzunehmen. Denn die Wiedergabe der fremden Ueberlegungen läßt zugunsten des Richters vermuten, daß er sich mit der „Fremdwürdigung" identifiziert, d. h. die fremden Ueberlegungen zu seinen eigenen macht. Die Vermutung wird zur Gewißheit, wenn der Richter dem Bericht der fremden Ueberlegungen hinzufügt: „Diesen Erwägungen ist das Gericht gefolgt" oder ein ähnliche Wendung.

Anders, wenn der Inhalt des Erkenntnisses lediglich die Berufung auf das nackte Würdigungsurteil des Aeußerungsempfängers enthält, der Aeußernde X sei eine glaubwürdige Persönlich-

---

[17]) W. Mittermaier, S. 21: „Das Gericht muß feststellen und in den Gründen sagen, wie es die Richtigkeit jener Drittaussage nachgeprüft hat."

keit, jedoch keine Glaubwürdigkeitsmomente, weder als eigene noch als fremde Ueberlegungen, also wenn der Außenwelt, wie oben dargetan, die Verwertung eines bloßen „Urteilers" durch das Gericht offenbart wird. Hier zeigt das Erkenntnis dem Hörer und Leser, daß das Gericht in eine eigene Untersuchung[18]) zur Feststellung der Richtigkeit der von X dem Empfänger gegenüber abgegebenen Aeußerung nicht eingetreten ist, daß es an „richterlicher Würdigung" fehlt, der Grundsatz der Richterlichkeit der Beweiswürdigung also durch die Benutzung des Urteilers verletzt ist.

III. a) Der Richterlichkeitsgrundsatz ist nicht etwa mit dem sog. Unmittelbarkeitsprinzip[19]) identisch, welches in Bezug auf die wahrnehmungsbehauptende Aeußerung besagt: Der Richter der Hauptverhandlung, und keine andere Person, muß solche Aeußerungen, die im Erkenntnis verwertet werden, in Empfang nehmen. Denn der Richterlichkeitsgrundsatz regelt die Frage, welches die Subjekte der Würdigung von Beweisen sind; der Unmittelbarkeitsgrundsatz dagegen befaßt sich mit der Frage nach den Subjekten der Aufnahme von Beweisen. — Es besteht zwischen den beiden Prinzipien allerdings insofern ein Zusammenhang, als das Unmittelbarkeitsprinzip seiner ratio nach gerade für den erwünschten Fall aufgestellt ist, daß der erkennende Richter auch die Würdigung der Beweise vorzunehmen hat: dem erkennenden Gericht soll die spätere Würdigung dadurch erleichtert und die Gewähr für ihre Gründlichkeit und Richtigkeit dadurch erreicht werden, daß auch die Inempfangnahme der Aeußerung dem erkennenden Gerichte übertragen wird. — Andererseits brauchen wieder Unmittelbarkeitsprinzip und Richterlichkeitsprinzip nichts mit-

---

[18]) Die Pflicht zu einer solchen betont RGJW 1916, 1486 Nr. 7; es sei Sache des Gerichts, das Werturteil der Glaubwürdigkeit auf seine Berechtigung „nötigenfalls an der Hand der von den Zeugen gegebenen Unterlagen nachzuprüfen und zu erwägen, ob es danach selbst . . . für glaubwürdig halten will oder nicht".

[19]) Im Sinne Hegler's „2a", vgl. Rechtsgang I, 407, 421, u. im subjektiven (formellen) Sinne Goldschmidt's, Prozeß als Rechtslage, S. 435, Anm. 2288.

einander zu tun zu haben. Es kann nebeneinander in einem geltenden Gesetzbuch Mittelbarkeit der Beweis-Aufnahme und Richterlichkeit der Beweis-Würdigung bestehen: Der Gesetzgeber erlaubt zwar, daß ein Richtergehilfe statt des erkennenden Gerichts den Aeußernden zu Protokoll vernimmt (und dann als Aeußerungsempfänger in der Hauptverhandlung aussagt, z. B. der Untersuchungsrichter über die Vernehmung eines Zeugen) — dann besteht hinsichtlich der Aussage des Aeußernden[20]) „Mittelbarkeit" der Beweisaufnahme; der Gesetzgeber verbietet aber, daß der Richtergehilfe die von ihm in Empfang genommene Aeußerung in der Hauptverhandlung auch würdige. Dann herrscht hinsichtlich der Aussage des Aeußernden „Richterlichkeit" der Würdigung.

Der Richterlichkeitsgrundsatz ist auch nicht mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven (materiellen) Sinne[21]) identisch, welcher die Verdrängung des vorhandenen Gewährsmannes durch den Empfänger der Aeußerung untersagt. Eine solche Identifizierung hat tatsächlich stattgefunden, und zwar wurde die Frage, ob das erkennende Gericht die tatsächlichen Feststellungen aus anderen richterlichen Erkenntnissen übernehmen könnte, vom Reichsgericht[22]) mit der Begründung bejaht, der Unmittelbarkeitsgrundsatz sei abzulehnen. Dagegen stellte Hegler[23]) bereits fest: „Es handelt sich vielmehr um die Frage der Pflicht eigener Prüfung seitens des Gerichts".

Der Richterlichkeitsgrundsatz wäre nur dann mit dem Unmittelbarkeitsprinzip identisch, wenn der einzige Weg für das Gericht, sich der Richtigkeit der außergerichtlichen Aeußerung in eigener Prüfung zu versichern, die Vernehmung des Gewährsmannes wäre, der sie getan hat. Denn dann würde

---

[20]) Sie allein interessiert hier. Daß hinsichtlich der Aussage des Empfängers das Unmittelbarkeitsprinzip gewahrt ist, macht noch nicht die Aussage des Aeußernden zur unmittelbaren.

[21]) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 438, Anm. 2297; Hegler „II, 2b aa" im Rechtsgang II, S. 275 ff.

[22]) Goltd.A. 50, 138 f; 61, 509; 72, 345 f., vgl. ferner die bei Hegler, a. a. O., S. 382 mit Anm. 3 angegebene Literatur.

[23]) a. a. O., verb. „Wenn zum Teil gerade" etc.

praktisch eine Vernehmung des Aeußerungsempfängers immer diejenige des Aeußernden nach sich ziehen. In Wahrheit hat aber das erkennende Gericht noch viele andere Möglichkeiten zur eigenen Prüfung der außergerichtlichen Aussage, und es kann, wenn es mit ihnen in mißbräuchlicher Weise umgeht, den Richterlichkeitsgrundsatz, also die Pflicht zu eigener Prüfung, auch dann verletzen, wenn eine Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips z. B. deshalb nicht möglich ist, weil der Gewährsmann inzwischen verstorben, die Vernehmung des Aeußerungsempfängers also statthaft ist. Eine solche Möglichkeit zur eigenen Prüfung der außergerichtlichen Aeußerung — auch nicht die einzige — hat das Gericht — wie schon oft betont — in der Heranziehung des Aeußerungsempfängers als sog. Gewährzeugen, der über die Persönlichkeit des Aeußernden aus eigenem Wissen berichtet. Ein Mißbrauch wäre die Verwendung des Aeußerungsempfängers als bloßen Urteilers, der allgemeine Werturteile ohne die dazugehörigen Data kundgibt. — Eine andere Möglichkeit zur eigenen Prüfung der außergerichtlichen Aussage hat das Gericht in der Heranziehung anderer Beweise, z. B. Zeugen, Urkunden, Indizien, welche die außergerichtliche Aussage bestätigen. Ein Mißbrauch aber wäre die bloße Verwendung solcher Beweise, die selbst so zweideutig und unvollkommen sind, daß sie ihre Eindeutigkeit und Vollständigkeit erst von der — noch bestätigungsbedürftigen — außergerichtlichen Aeußerung erhalten. Ueber solche Fälle vgl. Teil IV.

b) Der Richterlichkeitsgrundsatz ist auch nicht mit dem Grundsatz der „Freiheit" der Beweiswürdigung identisch; denn er bestimmt lediglich das Subjekt der Beweiswürdigung. „Freiheit" und „Gebundenheit" sind hingegen Modalitäten der Würdigung (d. h. Bestimmungen des „Wie"). Sie treten daher bei der Würdigungstätigkeit eines jeden denkmöglichen Subjekts auf, also sowohl bei der des Richters, wie bei der des „Urteilers". — — Der Richterlichkeitsgrundsatz widerspricht aber auch nicht dem Freiheitsgrundsatz: Das aus dem Grundsatz der Richterlichkeit folgende Verbot der Benutzung von „Urteilern" in der Hauptverhandlung ist keine negative Beweisregel, welche den Grundsatz der „Freiheit" einschränkt.

Diese Behauptung soll gegenüber der anscheinend gegenteiligen Ansicht Alsberg's des Näheren verteidigt werden. Alsberg[24]) setzt zwei Fälle einander gleich: den Fall, daß der Aeußerungsempfänger sich grundlos weigert, den Namen seines Gewährsmannes zu nennen, und den Fall, daß ein Zeuge vor Gericht sich grundlos weigert, seine Aussage zu beeiden. Wie das Gericht „vermöge seiner Omnipotenz in der Beweiswürdigung" der Aussage des Eidverweigerers Glauben schenken könne, so könne es auch der Aussage des Aeußerungsempfängers glauben und „ungeachtet der grundlosen Weigerung" auf seine Aussage „die Feststellung" der ihm „von dritter Seite berichteten Tatsachen stützen"[25]).

Die Fälle sind sich aber tatsächlich nur in unwesentlichen Punkten ähnlich, weichen aber im übrigen sehr von einander ab. Richtig ist, daß es keine Beweisregel geben kann, welche — einen bloßen Erfahrungssatz zum absoluten Gesetz erhebend — dekretiert: „Eine Aussage, deren Beeidigung grundlos verweigert wird, ist unglaubwürdig". Richtig ist auch, daß es keine Beweisregel geben kann, welche bestimmt: „Weigert sich ein Aeußerungsempfänger grundlos, seinen Gewährsmann zu nennen, so ist das Erfolgtsein der außergerichtlichen Aeußerung zu verneinen, da in diesem Falle der Aeußerungsempfänger unglaubwürdig ist". Vielmehr sind sich beide Fälle darin gleich, daß es dem Gericht freisteht, ungeachtet der grundlosen Weigerung festzustellen: Der Eidesweigerer ist glaubwürdig. — Der Aeußerungsempfänger verdient, insoweit er den Empfang der Aeußerung des Dritten behauptet, Glauben.

Die beiden Fälle liegen aber insoweit verschieden, als von der festgestellten außergerichtlichen Aeußerung auf die Tatsache selbst geschlossen werden soll (verb. bei Alsberg: „Die Feststellung . . . der Tatsache"). Hier kommt es auf die Grundlosigkeit der Weigerung des Aeußerungsempfängers nicht mehr an, da seine Glaubwürdigkeit gar nicht interessiert, (— anders also als bei der Aussage des Eidesverweigerers! —). Vielmehr interessiert jetzt die Glaubwürdigkeit

---

[24]) Beweisantrag, S. 149, Anm. 17.

[25]) Beweisantrag, S. 149.

des Aeußernden, über welche sich aber der Empfänger nur als „Urteiler" äußert, individualisierende Momente, die auf Wahrnehmungen beruhen, verschweigend. Wenn nun der Grundsatz der Richterlichkeit die Benutzung von Urteilern verbietet, so ist damit — aus zwei Gründen — keine negative, den Freiheitsgrundsatz einschränkende, „Beweis"-Regel ausgesprochen: Erstens ist der „Urteiler" kein Beweismittel, sein Urteil („Mein Gewährsmann ist glaubwürdig") keine Beweistatsache; Beweisregeln haben jedoch stets Beweismittel und Beweistatsachen zum Gegenstand, also Objekte der Beweiswürdigung, während der „Urteiler" ein Subjekt der Beweiswürdigung ist. Zweitens ist bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Aeußernden (Gewährsmannes), der allein, weil Objekt der Beweiswürdigung, als Gegenstand einer Beweisregel in Betracht käme, eine solche Regel nicht zu entdecken: Das ist nicht verwunderlich, da nämlich der erkennende Richter durch das Schweigen des Aeußerungsempfängers überhaupt gehindert ist, den Gewährsmann zum Gegenstand einer (freien oder gebundenen) Würdigung zu machen!

IV. Wie im Feststellungsverfahren, so ist auch im Würdigungsverfahren denjenigen Glaubwürdigkeitsmomenten, die im konkreten Fall die stärkeren sind, der Vorzug zu geben. Daher fällt auch das Glaubwürdigkeitsattest, welches das Gericht dem Aeußernden ausstellt, sowie das Würdigungsurteil, welches die vom Aeußernden behauptete Wahrnehmung für existent oder für nicht existent erklärt, von Fall zu Fall ganz verschieden aus. In der Möglichkeit, die Momente des konkreten Falles zu beachten, liegt der positive Inhalt[26]) des Begriffs der „Freiheit" der Beweiswürdigung („frei worin"); der negative („frei wovon") besteht im Fehlen der sog. Beweisregeln, d. h. von Bestimmungen, welche einem oder mehreren Momenten a priori die Wirkung verleihen, den Aeußernden glaubwürdig oder unglaubwürdig zu machen. Die verschiedenen europäischen Rechte haben die Frage, ob die außergericht-

[26]) Ueber den — sonderbaren — positiven Inhalt des Begriffs der „Freiheit" bei Kulischer, Grünhut 34, 169 f., vgl. Ende des II. Teils.

liche Aeußerung „frei" oder „gebunden" gewürdigt werden solle, ganz verschieden geregelt.

a) So hat das französische Strafprozeßrecht die außergerichtliche, wahrnehmungsbehauptende Aeußerung, was ihre und ihres Trägers Glaubwürdigkeit angeht, irgend welchen Beweisregeln nicht unterworfen, mag auch das Mißtrauen gegen ihren Wert eine Klugheitsregel sein[27]). Die Aufrechterhaltung dieses Rechtszustandes wird auch für die Zukunft empfohlen[28]). Im französischen Recht wird, wie in sonstigen Rechten mit freier Beweiswürdigung, eine Generalklausel für ausreichend gehalten[29]), die sich auf den Beweisumfang bezieht. Es ist dies Art. 270 des c. d'instr. crim., nach welchem der Vorsitzende das Recht und die Pflicht hat, „alles zu verwerfen, was darauf abzielen sollte, die Verhandlung zu verlängern, ohne größere Gewißheit in den Ergebnissen erhoffen zu lassen".

b) Im italienischen Strafprozeßrecht ist die Frage, ob die Würdigung außergerichtlicher Aeußerungen „frei" oder „gebunden" ist, in ähnlicher Weise umstritten, wie im deutschen Strafprozeßrecht. Auf der einen Seite wird die Meinung vertreten, der Art. 245 der alten italienischen StPO meine mit dem zu vernehmenden „von der Tatsache unterrichteten" Zeugen, den Aeußernden, der die wahrnehmungsbehauptende, außergerichtliche Erklärung abgegeben hat, und mit „Tatsache" die Wahrnehmung des Aeußernden[30]). Der Aeußerungsempfänger sei gar kein wirklicher „Zeuge", sondern eine Auskunftsperson, deren Vernehmung nur diene, um auf das wirkliche Zeugnis zurückzugehen. Die Gegenmeinung ist die herrschende. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung[31]) sind in Art. 245 als Zeugen ebenso der Aeußernde wie der Aeußer-

---

[27]) So Garraud, Traité, Bd. II, S. 10 f.

[28]) Gorphe, La critique S. 23.

[29]) So Gorphe, a. a. O. S. 21.

[30]) So Manzini, Trattato, Bd. III, S. 183 II, verb. „Percezione originale e diretta".

[31]) Vgl die bei Manzini, a. a. O., angeführten Urteile aus den Jahren 1920, 1922 des Kassationshofes, und den Satz aus dem Urteil vom 1. April 1914: „Non è vietato che i testimoni depongano de relata su alcune circonstanze".

rungsempfänger gemeint, unter „Tatsache" ebenso sehr die außergerichtliche Aeußerung wie die in ihr behauptete Wahrnehmung zu verstehen[32]). Es ist also auch für den italienischen Strafprozeß freie Würdigung der außergerichtlichen Aeußerung und des Aeußernden in der Frage ihrer Glaubwürdigkeit festzustellen. Gegen einen absoluten Ausschluß als Beweisregel wird geltend gemacht, daß die Erforschung der materiellen Wahrheit erschwert werden würde; die freie richterliche Würdigung biete die beste Gewähr für richtige Einschätzung der außergerichtlichen Aeußerung, und mit der Anerkennung dieses modernen Prinzips vertrage sich die in die Zeit der gesetzlichen Beweistheorie gehörende Ausschließung nicht[33]).

c) Dagegen hat das englische Recht die gebundene Würdigung der außergerichtlichen Aeußerung durch jene bekannte Beweisregel statuiert: hearsay is no evidence. Als negative Glaubwürdigkeitsmomente, die nach englischer Auffassung automatisch die Unglaubwürdigkeit des Aeußernden und seiner Erklärung bewirken, werden hauptsächlich genannt: Der Mangel der Beeidung und die fehlende Möglichkeit des Kreuzverhörs[34]). Die Regel gilt in gleicher Weise, ob es sich um Belastungsbeweis oder Entlastungsbeweis handelt; sie bewirkt, daß der Beweiswert bereits vorliegender Aeußerungen gleich Null ist. Meist wird es zu dieser gebundenen Beweiswürdigung gar nicht erst kommen, da die Feststellung der außergerichtlichen Aeußerung nicht erfolgt, und zwar wegen ihrer Unerheblichkeit für den Beweis der in ihr als wahrgenommen behaupteten Tatsache. In den Fällen, in welchen der Satz

---

[32]) Ebenso Ferrari, La verità penale, S. 151, Anm. 2: „La legge consente che il testimonio deponga su ogni fatto consueto e determinato etc.".

[33]) Vgl. Florian, Principî, (verb. „Se non che etc.") S. 280; Manzini, Trattato, S. 183 II, Anm.: L'esclusione assoluta etc.

[34]) Archbold, Pleading, S. 377; Kenny, Outlines, S. 372, auf ihn Bezug nehmend Neumann, ZStW. 50, S. 25; C. J. A. Mittermaier, Das englische etc. Strafverfahren, S. 327 unter 5); Kulischer, Grünhut 34, 180 ff. — Der Mangel der Beeidung wird auch im gemeinen deutschen Recht als Moment der Unglaubwürdigkeit angeführt, vgl. Beck, De probatione, S. 21.

„hearsay is no evidence" nicht gilt, die Feststellung der Aeußerung erheblich und zulässig ist, kann die Glaubwürdigkeit des Aeußernden und der Aeußerung in freier Beweiswürdigung geprüft werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn die Aeußerung den Tod einer Person in überseeischen Ländern oder das Vorliegen und Fortdauern von Rechtszuständen aus der Zeit früherer Generationen, die der „prescription" unterliegen, wahrgenommen zu haben, behauptet[35]); oder wenn ein Sterbender „jedoch nur unter Umständen, unter welchen er wußte, daß er sterben müsse, eine Aussage über das an ihm verübte Verbrechen macht[36]").

Stellt sich in einem der Ausnahmefälle, in denen hearsay zugelassen ist, heraus, daß der Aeußernde selbst, der z. B. den Tod des X in Uebersee wahrgenommen zu haben außergerichtlich behauptet hat,vernommen werden kann, da er sich augenblicklich in England aufhält, so muß er vernommen werden, und der Aeußerungsempfänger kann ihn nicht ersetzen[37]). Dies gebietet das Prinzip des bestmöglichen Beweises. Die Nichtvernehmung schafft eine Vermutung, daß die vom Aeußernden vor Gericht gemachte Aussage die Unrichtigkeit der Aussage des Aeußerungsempfängers von dem Empfang einer außergerichtlichen wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung überhaupt oder des von Letzterem angegebenen Inhalts enthüllt hätte[38]).

d) Endlich sei noch das schwedische Zivilprozeßrecht angeführt, um ein Beispiel für eine gebundene Beweiswürdigung zu geben, welche die wahrnehmungsbehauptende, außergerichtliche Aeußerung mit unvollkommener Glaubwürdigkeit — ähnlich dem späteren gemeinen deutschen Recht — bewertet. Der Rättegangsbalken (R. B.) des Gesetzwerkes von 1734, der — in Bezug auf die Prozeßprinzipien — auch im 20. Jahr-

---

[35]) Archbold, a. a. O., S. 377.

[36]) C. J. A. Mittermaier, a. a. O., S. 328.

[37]) Vgl. Archbold, S. 374.

[38]) Das ist aus Archbold, a. a. O., zu folgern; vgl. auch C. J. A. Mittermaier, engl. etc. Strafverfahren, S. 327, Anm. 10.

hundert seine Geltung behielt[39]), gab allerdings lediglich dem Zeugnis, welches auf eigener Wahrnehmung beruht. einen Beweiswert, der außergerichtlichen Aeußerung dagegen überhaupt keinen solchen[40]). Die Praxis hat jedoch einen Beweiswert angenommen, der allerdings geringer ist als der Wert des direkten Zeugnisses[41]). Diese Reglung ist immer noch kein Aufgeben der legalen Beweistheorie des Gesetzwerkes, in welchem z. B. erst zwei unverwerfliche Zeugen einen vollen Beweis ausmachen[42]); nur ausnahmsweise, z. B. im Falle der unvordenklichen Verjährung wird der außergerichtlichen Aeußerung voller Beweiswert zugebilligt[43]).

V. Freiheit und Gebundenheit der feststellenden Würdigung einerseits, und Freiheit und Gebundenheit der Beweiswürdigung anderseits, können zu einander in ganz verschiedenem Verhältnis stehen.

a) Sie sind insofern ganz unabhängig von einander, als die Gebundenheit der feststellenden Würdigung nicht etwa auch Gebundenheit der Beweiswürdigung nach sich zieht. So ist im Falle des § 415 ZPO die Glaubwürdigkeit des Aeußerungsempfängers (Behörde etc.) und die Frage, ob eine außergerichtliche, wahrnehmungsbehauptende Aeußerung ihm gegenüber als abgegeben oder als nicht abgegeben festzustellen ist, in gebundener Würdigung zu entscheiden: Der Richter muß die Abgabe unter den Voraussetzungen des § 415 I ZPO bejahen. Dagegen bleibt für die Glaubwürdigkeit des Aeußernden und für die Frage, ob die Aeußerung „richtig" ist, d. h. ob er die in ihr behauptete Wahrnehmung gemacht hat, die „freie" Würdigung in Geltung[44]). Ebenso ist im französischen Strafprozeßrecht bei

---

[39]) Sjöström im Rechtsgang I, S. 276; Wrede, 20.

[40]) R. B. Kap. 17, § 24.

[41]) Sjöström, S. 326.

[42]) Sjöström, S. 324.

[43]) Wrede, S. 239, § 42, Nr. 3; für die gleiche Erscheinung im gemeinen deutschen Prozeß und für den in diesem Falle üblichen Wortlaut der Beweisartikel, vgl. Beck, S. 31.

[44]) Vgl. schon RGZ 22, 298; Stein-Jonas, Vorbem. III, 3 zu §§ 415 ff., Erl. II z. § 415; Sydow-Busch (1926) Erl. 5 z. § 415.

denjenigen Protokollen, welche auf Grund gesetzlicher Regel, wie früher erwähnt, die Abgabe der außergerichtlichen Erklärung beweisen, anerkannt, daß die Richtigkeit der Erklärung zu prüfen, der freien Beweiswürdigung überlassen bleibt[45]).

b) Anderseits aber[46]) übt u. U. die gebundene Beweiswürdigung eine eigentümliche Wirkung auf die Feststellungstätigkeit und zugleich auf die feststellende Würdigung aus. So macht der Satz hearsay is no evidence, der a priori die Glaubwürdigkeit des Aeußernden und die „Richtigkeit" der wahrnehmungsbehauptenden Aeußerung leugnet, die auf Feststellung der Aeußerung gerichtete Tätigkeit und damit zugleich die feststellende Würdigung überflüssig. Würde gleichwohl in das feststellende Verfahren eingetreten, so wäre nur eine Verschwendung von Zeit und Geld die Folge. Dazu kommt, daß die Vernehmung eines Aeußerungsempfängers im Gegensatz zu der des Aeußernden a priori als das Verfahren verlängernd und komplizierend betrachtet wird[47]). So kommt das englische Recht dazu, schon die auf Feststellung der außergerichtlichen Aeußerung gerichtete Tätigkeit abzudrosseln: jeder Zeuge wird unterbrochen, der vom Hörensagen aussagen will[48]), und es kommt nicht mehr zu jener feststellenden Würdigung, welche, an sich frei[49]) von jeder positiven oder negativen Regel, die Abgabe oder Nichtabgabe der außergerichtlichen, wahrnehmungsbehauptenden Erklärung statuiert hätte. Kulischer nennt übrigens die Vorschrift des englischen Rechts, welche dem Richter schon die feststellende Tätigkeit untersagt[50]), „Beweisausschließungsregel", und die von a priori wertlosem Beweismate-

---

[45]) Vgl. Garraud, Bd. II, S. 177 Nr. 3 mit Rechtssprechung des Kassationshofes.

[46]) Vgl. hierzu v. Kries, Unmittelbarkeit, S. 107.

[47]) Vgl. C. J. A. Mittermaier, Das englische etc. Strafverfahren, S. 327, Anm. 13.

[48]) C. J. A. Mittermaier a. a. O., S. 413.

[49]) Kulischer, Grünhut 34, 197.

[50]) Derselbe, 172.

rial — er meint ZH — „befreite" Beweis würdigung sei die wahre „freie" Beweiswürdigung[51]), und eine solche „freie Beweiswürdigung und die Zulassung des Zeugnisses vom Hörensagen bilden einen unversöhnlichen Widerspruch"[52]) — ein Satz, den man nur versteht, wenn man Kulischer's sonderbare Definition der „Freiheit" kennt[53]).

---

[51]) Derselbe, 229.

[52]) Derselbe, 209. Gerade umgekehrt RGZ Bolze 12, Nr. 715.

[53]) Ueber den geringen praktischen Wert der Beweisausschließungsregel, vgl. Löwe-Rosenberg 4 zu § 69 und Mamroth, JW 1926, S. 2448 Nr. 3.

III. Teil:

Der ZH im geltenden Prozeßrecht.

Für einzelne Richtergehilfen von Hörensagen sind einige Sonderbestimmungen getroffen worden. So in § 23 II StPO für den Untersuchungsrichter, in § 23 I StPO und in § 41 Nr. 6 ZPO für den Vorderrichter. In diesen Fällen sieht der Gesetzgeber die Gehilfeneigenschaft nicht als mit der Gehilfentätigkeit beendet an, sondern läßt sie bis in die Hauptverhandlung hinein fortdauern. Allein diese Fortdauer ist wohl nur eine relative. Denn sie führt in den genannten Bestimmungen nur zu der Unmöglichkeit, daß der Richtergehilfe Mitglied des erkennenden Gerichts wird. Dagegen bleibt die rechtliche Möglichkeit erhalten, die Richtergehilfen als Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Gegen dieses Ergebnis ist auch logisch[1]) insoweit nichts einzuwenden, als das Gesetz die gleiche Person untauglich zum Richter, aber tauglich zum Zeugen erklären kann. Denn die Anforderungen an die Objektivität des Richters sind unendlich höher und weit schwieriger erfüllbar als die an die Objektivität des Zeugen, der nur seine sinnlichen Wahrnehmungen zu reproduzieren hat. Die Vernehmung des Richtergehilfen in der Hauptverhandlung ist nur insoweit unbefriedigend, als der Richtergehilfe de lege lata dem Zeugenrecht unterliegt. Es mag zu diesem Punkte auf die Ausführungen in Teil I verwiesen werden[2]).

a) Die deutsche StPO hat den Grundsatz, daß die Beweiswürdigung eine „richterliche" sein müsse, in § 261 ausdrücklich festgelegt (verb. „entscheidet das Gericht"). Damit ist also dem Richter verboten, an seiner Stelle einen Urteiler

[1]) Vgl. schon Teil I.
[2]) a. a. O.

die Würdigung vornehmen zu lassen. Ob dies der Fall gewesen und daher der Grundsatz der Richterlichkeit verletzt worden ist, entscheidet der Wortlaut des Urteils. Beides ist schon im Teil II des Näheren dargelegt worden. Es sollen nun zwei Reichsgerichtsentscheidungen aus den letzten Jahren näher beleuchtet werden, in denen der § 261 StPO nicht in der hier geforderten Art beachtet worden ist.

1. In dem einen Falle[3]) war die Beweisfrage, ob gewisse in einer Zollerklärung gemachte Angaben über die Herkunft eingeführter Kartoffeln unrichtig wären. Das Landgericht vernahm Zollbeamte, welche bekundeten, was ihnen Gewährsleute über ihre Wahrnehmungen mitgeteilt hätten. Die Namensnennung lehnten die Beamten „aus leicht verständlichen Gründen" ab, sie versicherten aber, ihre Gewährsleute seien „völlig einwandfrei". Das Landgericht verurteilte auf Grund der Aussage und Versicherung der ihm „als pflichttreue und zuverlässige Beamte bekannten" Zeugen. Die Revision wandte sich gegen dieses Urteil mit der Begründung, „daß bei einer derartigen Verwertung von Wahrnehmungen, die nicht der Zeuge selbst, sondern sein Gewährsmann gemacht habe, insoweit nicht mehr der Richter die Beweiswürdigung vornehme, sondern die Verantwortung dafür den Zeugen überlasse". Leider scheint sich die Revision dabei statt auf Verletzung des Richterlichkeitsgrundsatzes des § 261 StPO auf Verletzung des § 250 StPO berufen zu haben, welcher nach weitverbreiteter Ansicht[4]) durch Verbot der Vernehmung von ZH, einen anderen, in § 261 StPO ebenfalls geregelten, Grundsatz, nämlich den Grundsatz der Freiheit der Beweiswürdigung, einschränken soll. Oder auch: die Revision meinte zwar den richtigen Gesichtspunkt, aber das Reichsgericht mißverstand ihn[5]), weil daneben noch Verletzung des § 250 StPO geltend gemacht wurde. Wie dem auch sei, — das Reichsgericht wehrte den Angriff der Re-

---

[3]) RG. Goltd.A. 72, 345 f.

[4]) Vgl. Einleitung.

[5]) Vgl. Hegler, a. a. O., 382, A. 3; ein ähnliches Mißverständnis: RG. Goltd.A. 61, 509.

vision unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den oben zitierten Satz der Revisionsbegründung ab, mit dem Bemerken, er „decke sich im wesentlichen mit den Bedenken, die überhaupt gegen die Zulässigkeit von sog. ZH erhoben werden, jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht durchgreifend und insbesondere nicht als durch § 250 StPO gerechtfertigt angesehen werden können." Im übrigen identifizierte sich das Reichsgericht ausdrücklich mit der Begründung des Landgerichtsurteils: „Mit Recht ist hierbei Wert gelegt worden auf die Zuverlässigkeit der Zeugen und ihre Bekundung über die Zuverlässigkeit ihrer Gewährsleute, von denen sie versicherten, daß sie völlig einwandfrei seien."

Zu dieser Urteilsbegründung ist zu bemerken, daß das RG die verschiedenen Funktionen des Aeußerungsempfängers, welche bereits im Teil I von einander gesondert worden sind, mit einander vermengt, und zwar seine Rolle als eigentlicher ZH einerseits, seine Rolle als Gewährzeuge bezw. als sog. Urteiler anderseits. Soweit die Zollbeamten die Wahrnehmungen ihrer Gewährsleute wiedergaben, waren sie ZH, und ihre Vernehmung über diese fremden Wahrnehmungen war, — — wie mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts anzunehmen, — — nicht durch § 250 StPO ausgeschlossen. Weiter: Wenn die Zollbeamten ihre eigenen Wahrnehmungen über der Gewährsmänner Charakter, soziale Stellung, Lebensweise, Verhalten und Aussehen bei Abgabe der Erklärung u. s. f. dem Gericht geschildert hätten, so wären sie sog. Gewährzeugen[6]) für die Glaubwürdigkeit ihrer Vormänner gewesen. Sie haben jedoch ihre in dieser Hinsicht gemachten Wahrnehmungen dem Gericht verschwiegen, um ihre Spitzel nicht zu verraten, und sich mit der allgemein gehaltenen Versicherung begnügt, ihre Gewährsleute seien „völlig einwandfrei." Sie gaben also nur ein Werturteil ab, oder anders ausgedrückt, sie würdigten ihre eigenen Wahrnehmungen selbst und teilten dem Gericht (außer den Wahrnehmungen der Gewährsleute) nur das Resultat ihrer Beweiswürdigung, das Werturteil „glaubwürdig" mit. Sie waren also

[6]) Vgl. über diesen Begriff: Teil I, Kap. 2, Nr. 2.

sog. Urteiler[7]), d. h. Personen, die an Stelle des Richters — und von diesem — ein Stück Rechtsprechung übertragen erhalten haben. Sie trugen, wie die Revision zutreffend ausgeführt hat, für ihre Würdigung die wahre Verantwortung — d. h. sie ist vernünftigerweise nur ihnen zuzurechnen. Dem sog. „erkennenden" Gericht fiel nur noch die Aufgabe zu, den Wahrspruch der Urteiler mit seiner Unterschrift zu decken und so eine rein formaljuristische Verantwortung zu übernehmen. Es konnte damit die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß die Beweiswürdigung, genauer die Bewertung der Tatsachen, welche die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit belegen, nicht von ihm, dem Gericht, selbst vorgenommen worden ist. Eine Verletzung des in § 261 StPO festgelegten Grundsatzes, die Beweiswürdigung müsse eine richterliche sein!

Vielleicht ist aber der Grundsatz nicht so streng zu nehmen? Sagt doch das RG: „Daß aber der Richter sich bei seiner Entscheidung in weitgehender Abhängigkeit von der Zuverlässigkeit und der Wahrnehmungs- und Urteilsfähigkeit des vernommenen Zeugen befindet, ist keine Besonderheit des Zeugenbeweises vom Hörensagen, sondern überhaupt durch das Wesen des Zeugenbeweises bedingt". Dazu ist zu bemerken: die Abhängigkeit des Richters vom Zeugen mag im allgemeinen eine, wie das RG sagt, „weitgehende" sein, z. B. wenn ein Zeuge bekundet, das Auto sei „schnell" gefahren, der Lenker sei „schwer" betrunken gewesen und dgl. Aber in diesen Fällen begnügt sich das Gericht niemals mit der Versicherung „schnell" oder „schwer betrunken", — — oder sollte sich wenigstens nicht damit begnügen — —, sondern es sammelt sorgfältig die Data, welche das Urteil des Zeugen begründen; das sind aber Wahrnehmungen, wie Taumeln, Gestikulieren des Angeklagten, etc. Hier mag die Abhängigkeit des Richters eine „weitgehende" sein, aber die Ueberprüfung sorgt dafür, daß der Richter nicht ausgeschaltet, seine Abhängigkeit keine „völlige" wird. Im vorliegenden Falle dagegen erhält das Gericht keine Data zur Beurteilung der Zuver-

[7]) Vgl. a. a. O., Nr. 5.

lässigkeit der Gewährsleute, sondern nur die Versicherung, sie seien „völlig einwandfrei". Wegen des Mangels einer Möglichkeit, dieses Werturteil der Zollbeamten zu überprüfen, ist der Richter von ihnen nicht nur „weitgehend abhängig", sondern „völlig". Das ist unzulässig. Eine Unzulässigkeit des Zeugenbeweises vom Hörensagen überhaupt ist damit nicht ausgesprochen.

2. Der zweite Fall, in welchem der Grundsatz der Richterlichkeit nicht beachtet, der § 261 StPO daher verletzt worden ist, ist der sog. Fall „Bullerjahn". Die Beweisfrage in diesem Landesverratsprozesse[8]) ging dahin, ob der Angeklagte, der Oberlagerverwalter Bullerjahn, bei der Interalliierten Militärkontrollkommission (IMKK) angezeigt habe, daß bei den Berlin-Karlsruher-Industriewerken 60 000, auch zu Herstellung von Gewehrläufen geeignete Stahlrohlinge in einem näher bezeichneten Versteck lagerten. Es wurden zwei Untersuchungsrichter und ein Kriminalkommissar vernommen, welche bekundeten, was ihnen eine ungenannte Vertrauensperson mitgeteilt hatte: B. sei wenige Tage vor Weihnachten bei der englischen Abteilung der IMKK im Hotel erschienen und habe erklärt, er könne über versteckte Waffen bei den Industriewerken Angaben machen. Er sei nun an die französische Abteilung verwiesen worden, habe dort mit Leutnant Jost verhandelt und als Bezahlung 1200—1400 Mark erhalten. Als er bemerkt habe, daß der Verdacht der Täterschaft auf ihn fiel, habe er die englische Abteilung der IMKK brieflich gebeten, ihn nicht zu verraten, da er sonst 15 Jahre Zuchthaus zu vergegenwärtigen habe. Den drei vernommenen Zeugen war durch die vorgesetzte Behörde verboten, über den Namen und die Persönlichkeit der Vertrauensperson nähere Angaben zu machen. Sie versicherten aber, die ungenannte Vertrauensperson sei „in Ansehung ihrer Glaubwürdigkeit und persönlichen Unbeteiligtheit über jeden Zweifel erhaben".

Das Reichsgericht verurteilte B. zu einer erheblichen Zuchthausstrafe, berief sich in der Urteilsbegründung u. a. auch

---

[8]) Hüfner, LZ 1929, S. 745 ff.; Schweitzer, „Justiz" 1926, Bd. II, H. 2, S. 213 ff.

auf die Aussage der ungenannten Vertrauensperson als auf eine Beweistatsache, „der in Verbindung mit den bereits hervorgehobenen Beweistatsachen große Bedeutung beigemessen werden darf", und erklärte unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung, die Vernehmung der ZH verstoße nicht gegen § 250 StPO und gemäß § 261 StPO könnten auch die in der Hauptverhandlung mitgeteilten Ergebnisse einer Zeugenvernehmung als bewiesen angesehen werden.

Die Angriffe, die dieses Urteil erfuhr, blieben, wenigstens soweit sie unter den hier interessierenden Gesichtspunkt „Zeugnis vom Hörensagen und freie richterliche Beweiswürdigung" fallen, wirkungslos. Sie richteten sich gerade gegen d e n Punkt der Begründung, in welchem das RG seine Ansicht in ständiger Rechtsprechung seit langem festgelegt hat[9]), nämlich dagegen, daß § 250 StPO die Verdrängung der unmittelbaren Wahrnehmungszeugen durch die ZH nicht verbiete. In den folgenden Ausführungen soll der Angriff gegen das Urteil von einer anderen Seite aus erfolgen. Dieses Vorgehen hat den Vorzug, daß dem RG Gelegenheit zu einer neuen Stellungnahme gegenüber dem ZH gegeben wird. Im vorliegenden Falle ist die Verletzung des § 261 StPO zu behaupten und folgendermaßen zu begründen:

Zunächst durfte das RG, wie schon im früher behandelten Zollfall, die Funktionen der drei Vernehmungspersonen nicht miteinander vermengen, nämlich die Rolle als ZH einerseits, die Rolle als Gewährzeuge bzw. als bloßer Urteiler andererseits. Es mag dahingestellt bleiben, ob das RG ohne Verstoß gegen § 250 StPO die drei Beamten vernehmen durfte, soweit sie die (angeblichen oder wirklichen) Wahrnehmungen der Vertrauensperson bekundeten. Aber die Ergebnisse der Vernehmung im U r t e i l v e r w e r t e n durfte es nur, wenn die G l a u b w ü r d i g k e i t der Aussage der Vertrauensperson b e l e g t war, d. h. wenn die Beamten auf Grund einer Aussageerlaubnis als G e w ä h r z e u g e n dem Gericht alle erforderlichen Data über die Persönlichkeit der Vertrauensperson (d. h. ihre e i g e n e n Wahrnehmungen) hätten zur Verfügung stellen

[9]) Literatur vgl. Einleitung und letzte Note des Abschnitts.

dürfen. Denn das Gericht selbst mußte prüfen, ob die Vertrauensperson „persönlich unbeteiligt" und „glaubwürdig" war, oder genauer — da neuerdings behauptet wird, das Gericht habe Namen und Persönlichkeit der Vertrauensperson gekannt — es mußte im Wortlaut des Urteils zum Ausdruck kommen, wer die Vertrauensperson war, welche soziale Stellung sie hatte, in welchen freundlichen oder feindlichen Beziehungen sie zum Angeklagten stand, welches Verhalten sie bei ihrer Aeußerung zur Schau trug, und dgl. mehr. Dann erst durfte das Gericht — wenn es wollte — sagen, daß es sich dem Werturteil der drei Vernommenen über die Glaubwürdigkeit und den Mangel persönlicher Beteiligung anschließe. Auf diese Weise wäre dem Grundsatz der Richterlichkeit Genüge geschehen, d. h. daß die Beweiswürdigkeit nur von dem erkennenden Gericht vorgenommen werden darf.

Man könnte nun einwenden, das Reichsgericht habe den Grundsatz der Richterlichkeit gleichwohl inne gehalten. Mochten die drei vernommenen Beamten zu ihrem Werturteil auf Grund solcher Data wie Charakter, soziale Stellung, Verhalten der ungenannten Vertrauensperson gelangt sein, — das Reichsgericht habe eben die Urteile „glaubwürdig" und „persönlich unbeteiligt" auf Grund anderer Data über die Vertrauensperson gefällt, nämlich auf Grund der Indizien, die sonst gegen den Angeklagten vorlagen, z. B. daß er zur Zeit des Verrats Geld brauchte, daß er in der Straße gesehen wurde, in der sich die Wohnung des Leutnants Jost befand, daß er der Werkleitung im Laufe eines Streites den Verrat androhte, etc. Diese Indizien hätten die Aussage der ungenannten Vertrauensperson, der Angeklagte habe der IMKK das Waffenlager verraten, mit Leutnant Jost verhandelt und von diesem für den Verrat Geld erhalten, vollauf bestätigt. Also habe das Reichsgericht in eigener Würdigung, ganz unabhängig von der Würdigung durch die Beamten, die Aussage der Vertrauensperson als „glaubwürdig", diese selbst als „persönlich unbeteiligt" bezeichnet.

Der Einwand stellt die faktischen und logischen Verhältnisse auf den Kopf.

Zunächst widerspricht ihm der allein maßgebende Wortlaut

des Urteils insoweit, als es dort ausdrücklich heißt:

„Die ungenannte Vertrauensperson ist nach der eidlichen Bekundung der Zeugen Krüger und Geier — der beiden Untersuchungsrichter — sowie des Kriminalkommissars Göpner in Ansehung ihrer Glaubwürdigkeit und persönlichen Unbeteiligtheit über jeden Zweifel erhaben und hat folgende Angaben den drei Zeugen gegenüber gemacht."

Folglich hat das Reichsgericht die Frage, ob die Vertrauensperson glaubwürdig und persönlich unbeteiligt ist, gerade unter Berufung auf die eidliche Bekundung der drei Beamten bejaht, d. h. die Beamten haben in Wirklichkeit die Wahrheit der von ihnen ausgesprochenen Werturteile beschworen, und das Reichsgericht hat den Eid so gelten lassen, als bezöge er sich auf die Bekundung solcher, die Werturteile begründenden Wahrnehmungen, welche dem Gericht mitgeteilt worden seien. In Wahrheit sind aber dem Gericht diese Data, wie z. B. der Name, Stellung, Verhalten, kurz alle individualisierenden Merkmale der Vertrauensperson, nicht mitgeteilt worden.

Ferner kehrt der Einwand die logischen Beziehungen um, welche zwischen den sonstigen Indizien einerseits, der Aussage der Vertrauensperson andererseits, bestehen; genauer gesagt: er verfälscht das Kräfteverhältnis! Die eindeutige Aussage der Vertrauensperson könnte — vorausgesetzt, daß der Beweis ihrer Glaubwürdigkeit bereits erbracht wäre, — die doppeldeutigen Indizien erstens eindeutig machen, zweitens die zwischen den Indizien klaffenden Lücken ausfüllen. Dagegen können die doppeldeutigen Indizien eben wegen ihrer Doppeldeutigkeit die Aussage der Vertrauensperson, welche noch des Beweises der Glaubwürdigkeit ermangelt, nicht zu einer glaubwürdigen machen oder, wie der Einwand sagt, „bestätigen". Beispiel: Der Aufenthalt des Angeklagten in der Straße, in welcher Leutnant Jost wohnte, ist doppeldeutig, da die Möglichkeit bleibt, daß der Angeklagte nicht zu Leutnant Jost, sondern zu einem in derselben Straße wohnenden Bekannten ging. Das Indiz kann also nicht die bisher unverbürgte Behauptung der Vertrauensperson, der Angeklagte sei bei Jost gewesen, zu einer glaubwürdigen machen.

Dagegen könnte umgekehrt diese Behauptung der Vertrauensperson das doppeldeutige genannte Indiz eindeutig machen, nämlich enthüllen, daß der wahre Zweck des Angeklagten der Besuch bei Jost gewesen sei, — freilich unter der strengen Voraussetzung, daß der Beweis der Glaubwürdigkeit der Aussage der Vertrauensperson bereits anderweitig erbracht wäre. Man sieht also, daß bei ungekünstelter Ueberlegung die Aussage der Vertrauensperson dazu bestimmt ist, das stärkere Element im Spiel der Kräfte zu sein.

Noch klarer wird das, wenn man die Aussage der Vertrauensperson im Verhältnis zu den mit einander zusammengehaltenen Indizien betrachtet. Hier zeigt sich ihre zweite bedeutsame Funktion: Ausfüllung der Lücken, welche zwischen den Indizien klaffen. Was half die Feststellung, daß der Angeklagte Geld brauchte, daß er der Werkleitung den Verrat angedroht hatte, daß er in der Nähe der Wohnung des Jost gesehen wurde? Wenn man Geld braucht, muß man es sich nicht notwendig bei einem französischen Leutnant besorgen; wenn man in der Nähe eines Hauses gesehen wird, muß man es noch nicht betreten haben; wenn man einen Verrat androht, muß man ihn noch nicht begehen. Ganz anders, wenn die Aussage der Vertrauensperson — vorausgesetzt immer, daß der Beweis der Glaubwürdigkeit bereits anderweitig erbracht war — besagte, daß der Angeklagte mit Leutnant Jost verhandelt und einen Geldbetrag erhalten habe. Nun waren die Lücken ausgefüllt· nun stand fest, daß der Geldmangel durch Jost behoben war, daß der Angeklagte das Haus wirklich betreten hatte, daß er die Drohung auch ausgeführt hat etc.[10]).

Im Ergebnis ist festzustellen: Erstens, daß die Aussage der Vertrauensperson eine überragende Rolle zu spielen hatte: die Indizien eindeutig zu machen und die zwischen ihnen klaffenden Lücken zu füllen. Es ist daher Selbsttäu-

---

[10]) Unrichtig ist daher die Behauptung Hüfner's, a. a. O., S. 758, daß die Aussage des Mannes mit der schwarzen Maske gar nicht entscheidend ins Gewicht gefallen ist.

schung[11]), wenn das Reichsgericht sagt: „Alle im Vorstehenden angestellten Erwägungen würden unter sich und miteinander zusammengehalten schon ausreichen, um den Schuldbeweis als erbracht ansehen zu können. Es kommt aber noch eine Beweistatsache hinzu, der in Verbindung mit den übrigen Beweisgründen große Bedeutung beigemessen werden darf. Es ist dies die Aussage der ungenannten Vertrauensperson".

Zweitens: Die Voraussetzung dafür, daß die Aussage der Vertrauensperson ihre wichtigen Funktionen ausüben konnte, war, wie immer wieder betont, der bereits anderweitig erbrachte Beweis der Glaubwürdigkeit. Diese anderweitige Erbringung bestand in der Betrachtung der Persönlichkeit der Vertrauensperson durch das Reichsgericht, also in der Innehaltung des Grundsatzes der Richterlichkeit der Würdigung. Statt dessen liegt nur das Werturteil der drei Zeugen vor.

Damit ist nicht nur der § 261 StPO verletzt, sonder das Urteil überhaupt in seinen Grundlagen erschüttert[12]).

b) Die Beweiswürdigung ist nach geltendem Recht eine „freie", der Wert von Beweismitteln also vom Richter von Fall zu Fall festzustellen. (§ 261 StPO, verb. „nach seiner freien Ueberzeugung"). Wenn auch, wie schon in der Einleitung betont, die sattsam erörterte Frage, ob § 250 StPO die Freiheit der Würdigung von Zeugen vom Hörensagen einschränke, in dieser Arbeit nicht behandelt werden soll, so ist die andere Frage nicht zu umgehen, wie sich das geltende Recht

---

[11]) Wesentlich ist ferner, wie schon Mittermaier, a. a. O., S. 20 zutreffend bemerkt, daß die Aussage als Beweisgrund im Wortlaut des Urteils angeführt ist. Der Ausführungen Mittermaiers a. a. O. zur Frage, ob die Aussage in der Beratung die Seele der Richter beeinflußt oder, wie Hüfner, S. 762 Nr. 4 meint, nicht beeinflußt hat, bedurfte es nicht.

[12]) Zum Falle Bullerjahn vgl. die Ausführungen von W. Mittermaier in „Justiz" Oktober 1929, S. 16 ff., Paul Levi im „Berliner Tageblatt" Jg. 1928, Nr. 557, Krüger daselbst, Jg. 1930, Nr. 364, welche sämtlich Verletzung des § 250 StPO. annehmen. Das freisprechende Urteil im Wiederaufnahmeverfahren geht auf das Problem des ZH nicht mehr ein.

zur Verwertung von sog. Botenzeugen stellt[13]). Denn hier wurde die Lösung entweder für selbstverständlich gehalten oder angenommen, die Streitfrage des § 250 StPO beziehe sich unterschiedslos auf Botenzeugen und Zeugen vom Hörensagen[14]).

Die Unterscheidung zwischen Zeugen vom Hörensagen und Botenzeugen ist aus rechtspolitischen Gründen notwendig. Der Absender des Botenzeugen müßte nämlich als eine Person, die dem Gericht eine Mitteilung macht, — die getreue Uebermittlung der Botschaft vorausgesetzt — für die Richtigkeit derselben einstehen (im Gegensatz zum Gewährsmann eines Zeugen vom Hörensagen, der seine Mitteilung lediglich an den Hörer, nicht an das Gericht, adressiert hat.) — Der Absender „müßte" einstehen: d. h. wenn das heutige materielle Strafrecht in seinen Meineidsvorschriften (und das neue Strafrecht in seinen Vorschriften über die unbeeidete falsche Aussage) nicht lediglich Personen zur Verantwortung zöge, die ohne Mittelsmänner aussagen[15]). Angesichts dieser Lücke im materiellen Strafrecht erscheint es nötig, nach einer prozessualen Vorschrift Ausschau zu halten, welche gebietet, den andernfalls jeder Verantwortung ledigen Absender zu „vernehmen", und welche das Botenzeugnis verbietet. Sie findet sich in § 250 S. 1 StPO.

Die Strafprozeßordnung trifft nicht nur Bestimmungen über das Verhältnis mehrerer selbständiger Beweismittel zueinander, wie z. B. zwischen Urkunde und Zeugnis in S. 2 des § 250, und — falls man diese Ansicht vertreten will — zwischen dem unmittelbaren Zeugnis und dem Zeugnis vom Hörensagen in S. 1 des § 250. Vielmehr trifft die StPO auch Bestimmungen, welche von mehreren Benutzungsformen eines Beweismittels zulässig sein soll. So regelt § 249 die Benutzung des Urkundenbeweises: dort wird die Verlesung geboten und damit das bloße Referieren über den Inhalt verboten; § 250 S. 1 aber regelt die Zulässigkeit der Benutzungsformen des Zeug-

---

[13]) Vgl. Teil I, Kap. 2, Nr. 4.

[14]) v. Kries, Unmittelbarkeit S. 107.

[15]) § 160 StGB. ist nicht anwendbar. Der gutgläubige Botenzeuge soll nach dem Willen des Absenders nur die (wahre) Tatsache des Empfangs der Mitteilung beschwören.

nisses; er gebietet die Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung, verbietet also das Referieren des Richters über eine Vernehmung, die zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorgenommen wurde, verbietet aber vor allem auch die Benutzung von Botenzeugen.

Dieser Lösung der Frage, ob Botenzeugen zulässig sind, können auch die Gegner des Unmittelbarkeitsprinzips zustimmen. Es handelt sich ja nicht mehr um die Annahme eines generellen Minderwerts der Mittelsperson, sondern nur um eine praktische Maßnahme, Lügnern, bequemen und verantwortungsscheuen Personen den Weg abzuschneiden, um die Vernehmung und vor allem um die Beeidung ihrer dem Gericht übersandten Aussage herumzukommen. Die Spekulation auf die Vertagungsscheu vielbeschäftigter Gerichte würde durch die Maßnahme des Gesetzgebers zunichte gemacht, der Grundsatz, daß jede Aussage zu beiden ist, gewahrt. Der § 250 S. 1 spricht also — gleichgültig, ob er für das Zeugnis vom Hörensagen eine Beweisregel aufstellt oder nicht — für Botenzeugen ein Beweisverbot aus.

Der Einwand, das Gericht könnte das Verbot des Botenzeugnisses jederzeit durchkreuzen, indem es die vor Gericht auftretende Person eben nicht „als von einem anderen gesendet" vernimmt, sondern als gewöhnlichen Zeugen vom Hörensagen — — dieser Einwand ist verfehlt. Nicht die Willkür des Gerichts, sondern die ganze prozessuale Situation ergibt objektiv den Zweck, den das Gericht mit der Vernehmung verfolgt. Beispiel: Die nicht geladene Ehefrau des geladenen, nicht erschienenen Zeugen erscheint vor Gericht und erklärt, ihr Mann lasse sagen, er sei krank, habe aber alles, was er wisse, ihr auf den Weg mitgegeben.

Ein anderer Einwand, daß der Begriff des Botenzeugen durch das Erfordernis der Eigenschaft als „mechanisches Reproduktionsmittel" in seiner praktischen Brauchbarkeit sehr beschränkt werde, ist sicherlich nicht ganz unberechtigt. M. E. kann der Absender der Botschaft nur für seine eigenen Erklärungen verantwortlich gemacht werden. Das sind aber eigentlich nur die wörtlichen, nicht mehr diejenigen, welche den Auslegungs- und Deutungskünsten des psychischen Mediums unterliegen.

Schlußbetrachtung:

ZH und deutsche Strafprozeßreform.

Bei der Reglung des Falles, daß ein öffentlicher Beamter wegen verweigerter Aussagegenehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde seinen Gewährsmann (häufig einen Spitzel) nicht nennen will, befindet sich der Gesetzgeber in einer Zwangslage. Zwei Güter hat er zu schützen: das Amtsgeheimnis der interessierten Behörde und die alleinige Rechtsprechungsbefugnis des Richters. Ersteres kann nur durch Verschweigung des Namens geschützt werden, der Zwang zur Namensnennung würde die Verfolgunstätigkeit der Polizei lahm legen[16]). Letztere dagegen kann nur durch Nennung des Namens gewahrt werden[17]); denn der Richter bedarf, um die Glaubwürdigkeit der außergerichtlichen Aeußerung beurteilen zu können, des Wissens um die Persönlichkeit des Aeußernden. Wird der Name zwar verschwiegen, die Aeußerung aber im Urteil verwendet, so hat der Polizeibeamte als „Urteiler" ein Stück Rechtsprechung, nämlich die Bewertung der Glaubwürdigkeit der Aeußerung, kraft Delegation vorgenommen.

Der Gesetzgeber hat zwischen zwei Wegen die Wahl: entweder verbietet er dem Richter die völlige oder auch nur teilweise Delegierung seiner Jurisdiktionsgewalt an Dritte. (Grundsatz der Richterlichkeit.) Ueber diese Alternative, die in § 261 StPO bereits enthalten ist, braucht nicht mehr gesprochen zu werden. Oder: der Gesetzgeber legt den öffentlichen Beamten die Pflicht auf, über die Aeußerung des Gewährsmannes nicht zu berichten, wenn sie den Namen nicht

---

[16]) Vgl. Manzini, S. 184, Anm. 1.

[17]) Vgl. Manzini, a. a. O., 184: „Der Gewährsmann . . . entzieht sich der Bewertung seiner Glaubwürdigkeit".

nennen dürfen. In unseren Sprachgebrauch übersetzt: Ein Aeußerungsempfänger, der nicht als „Gewährzeuge" auftreten kann, soll auch nicht als eigentlicher Zeuge vom Hörensagen auftreten können. Diesen Weg hat die italienische Strafprozeßordnung von 1912 beschritten. In Art. 246 heißt es:

„I pubblici ufficiali non debbono esporre notizie raccolte da persone i cui nomi non credano di manifestare al giudice." (Die öffentlichen Beamten dürfen keine Kenntnisse darlegen, welche sie von Personen erlangt haben, deren Namen sie nicht glauben dem Richter offenbaren zu können[18]). — Der beamtete Aeußerungsempfänger darf also, falls er den Namen des Aeußernden und damit[19]) die Anhaltspunkte für die Glaubwürdigkeit der außergerichtlichen Aeußerung nicht richterlicher Kenntnis offen legen will, die Aeußerung in den Prozeß gar nicht erst einführen[20]). Ist sie gleichwohl eingeführt worden, so darf sie nicht beachtet werden[21]). Das Verbot ist nur „relativ", d. h. es fällt fort, wenn der Beamte den Namen nennt[22]), und läßt sich nicht dadurch umgehen, daß der Aeußerungsempfänger den Namen des Gewährsmannes dem Richter vertraulich mitteilt. Der Name muß vielmehr im Protokoll vermerkt und in öffentlicher Verhandlung genannt werden[23]).

Die bisherige deutsche Reglung — der Richterlichkeitsgrundsatz des § 261 StPO — ist der italienischen Reglung vorzuziehen. Erstens muß ein Gesetzgeber die Tendenz verfolgen, eine möglichst umfassende, prinzipielle, allgemeine Bestimmung zu statuieren, und nur, wo dies nicht möglich, darf er den für einen Reformer gar zu billigen Weg der Spezialreglung beschreiten. Zweitens ist der Art. 246 c. p. p. auch sachlich recht be-

---

[18]) Vgl. Entw. Art. 350.

[19]) Vgl. Manzini, a. a. O., S. 185, Anm. 3, wo gesagt ist, daß eigentlich nicht der Name, sondern die mit ihm verbundenen Glaubwürdigkeitsmomente das Wichtige sind.

[20]) Vgl. Manzini, a. a. O.: „(indem) im Gerichtsverfahren ein Beweis nicht eingeführt wird, dessen Quelle dem Richter unbekannt und auf diese Weise seiner eigenen Prüfung entzogen ist."

[21]) Manzini, a. a. O., S. 185, Anm. 2 mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

[22]) Florian, Principî, S. 281.

[23]) Manzini, a. a. O., S. 185, Anm. 1.

denklich. Denn der oberste Grundsatz eines gesunden Strafprozeßrechts ist das Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit. Dieses besagt, auf die Frage der Heranziehung von Beweismitteln und Beweistatsachen angewendet, daß dem Richter die Möglichkeit zur Wahrheitsforschung nicht durch eine Entziehung von Beweismaterial versperrt oder auch nur beschränkt werden dürfe. Zu diesem Beweismaterial gehört auch die außergerichtliche Aeußerung. Es muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß das Gericht den Namen der Vertrauensperson in der Hauptverhandlung von anderer Seite, z. B. von dem Verteidiger, erfahren kann und nunmehr die vom beamteten Aeußerungsempfänger berichtete Aeußerung der Beweiswürdigung zu unterwerfen in der Lage ist. —

Soll der Richterlichkeitsgrundsatz des § 261 StPO beibehalten werden, so ist aber § 261 StPO s c h ä r f e r zu fassen. Es sei folgende Reglung vorgeschlagen: „Die Verwertung von Urteilern ist unzulässig. Die Entscheidung über das Ergebnis der Beweisaufnahme steht lediglich dem e r k e n n e n d e n Gericht zu. Dieses befindet nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung". Einer künftigen Bearbeitung des Richterlichkeitsgrundsatzes sei noch mit dem Hinweis gedient, daß eine Verletzung des Prinzips weitaus häufiger noch als bei der Verwertung von ZH bei der Verwertung von S a c h v e r s t ä n d i g e n g u t a c h t e n auftritt.

Anhang:

Einige Werturteile über das Zeugnis vom Hörensagen.

Plautus: „Besser einer vom Sehn als vom Hören zehn."
(Trucul. II, 6)

Cicero: „Wer vergessen hat, von wem er etwas erfahren hat, ist entweder selbst unzuverlässig oder hat einen so minderwertigen Gewährsmann, daß er es nicht der Mühe wert hielt, seinen Namen zu behalten." (pro Planc. 57).

Cicero: (gegen den Vorwurf, der Gewährsmann sei unbeeidet): „So würdest du ihm glauben, wenn er geschworen hätte?"
(pro Rosc. com. 16, § 46.)

Quintilian: „Sie (sc. die Zeugen vom Hörensagen) sind selbst keine Zeugen, sondern geben nur die Aeußerungen unbeeideter Personen wieder." (inst. or. V, 7, 5.)

Seneca: „Die Verantwortung für die Richtigkeit liegt beim Gewährsmann." (nat. quaest. IV, 3.)

Voltaire: (gegen die Richter im Fall Calas): „Ces Wisigoths ont pour maxime que 4/4 de preuve et 8/8 font deux preuves complètes, et ils donnent à des ouï-dire les noms de 1/4 de preuve et de 1/8. Les têtes des Hurons et des Topinambours sont mieux faites."

Literatur.

Alsberg: Justizirrtum und Wiederaufnahme (1913).
— Zur Lage der Strafrechtspflege (1928).
— Der Beweisantrag im Strafprozeß (1930).
Archbold: Pleading, evidence and practice in criminal cases, 27tl. ed., London 1927.
Beck, Joh. Jod.: De probatione per testes de auditu alieno deponentes, Diss. Altdorf 1711.
Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht (1928).
Brauer: Ueber die Zulassung der Zeugen vom Hörensagen nach Maßgabe allgemeiner Beweisgrundsätze (1857) in Ger. S. IX, 1, S. 48 ff.
Dohna: Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., (1929).
Feisenberger: StPO. (1926).
Ferrari: La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano, Milano 1927.
Florian: Principî di diritto processuale penale, Torino 1927.
Garraud: Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, tome II (1909).
Gerland: Der deutsche Strafprozeß (1927).
Glaser: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß (1883), S. 1 ff.; S. 104 ff.
Goldschmidt: Der Prozeß als Rechtslage (1925).
— JW. 1929, 2996.
Gorphe: La critique du témoignage, 2. ed. (1927).
Groß: Die Beweistheorie im kanonischen Prozeß Bd. II (1880).
Hegler: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß, Rechtsgang Bd. I, S. 92 ff., 385 ff.; Bd. II 267 f.
— Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen im Prozeß. Arch. Ziv. Prax. 104 S. 151 ff.
Heinsheimer: Die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung, in Festschrift für Franz Klein (1914).
Heusler: Grundlagen des Beweisrechts, Arch. Ziv. Prax. Bd. 62, S. 275 ff.

Hüfner: Der Fall Bullerjahn und die Presseangriffe auf das Reichsgericht von rechtl. Gesichtspunkten aus beurteilt, in Leipz. Ztschr. 1929, S. 745 ff.

Jahn: Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Strafprozeß (Erlangen, Diss., 1903).

Jastrow: Der angeklagte Staatsanwalt, (1930).

Kenny: Outlines of criminal law, 12th ed., (1926).

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. (1925).

Kohlrausch: StPO., 22. Aufl., 1930.

v. Kries: ZStW. 6, S. 88 ff., Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozeßordnungen.

Krüger: Berliner Tageblatt 1930, Nr. 364.

Kulischer: Das Zeugnis vom Hörensagen, Grünhut, Bd. 34, S. 169 ff. (1906).

Langenbeck: Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (1858).

Levi, Paul: Berliner Tageblatt 1928, Nr. 557.

Löwe-Rosenberg: Komm. z. StPO. 18. Aufl. (1929).

Mamroth: JW. 1926, 2448.

Mannheim: Beiträge zur Lehre von der Revision, (1925).

— Fahrlässiger Falscheid, Festgabe für v. Frank, (1930), S. 315 ff.

Manzini: Trattato di diritto processuale penale italiano, Vol. III, 2. ed., Torino 1924.

Meißner: Zum Prinzip der freien Beweiswürdigung, Festschrift f. v. Liszt (1911), S. 168 ff.

Mittermaier, C. J. A.: Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozeß (1834).

— Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren (1851).

Mittermaier, W.: Zum Fall Bullerjahn, „Justiz" Oktober 1929, S. 16 ff.

Muskat: Das Zeugnis vom Hörensagen im deutschen Strafprozesse (1888), Goltd. A. 36, 281 ff.

Renaud: Lehrbuch des Gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. (1873).

Rupp: Der Beweis im Strafverfahren (1884).

Scanzoni: JW. 1925, 997.

Schweitzer: „Justiz" 1926, Bd. II, H. 2, S. 213 ff.

Sjöström: Ueber einige Grundprinzipien des finnischen und schwedischen Zivilprozeßrechts (1913), in Rechtsgang I, 273 ff.

Stein: Das private Wissen des Richters (1893).

Stein-Jonas: Komm. z. ZPO. (1928), Bd. I.

Tumarkin: Die Methoden der psychologischen Forschung (1929).

Wrede: Das Zivilprozeßrecht Schwedens und Finnlands (1924).